Das
pactum de non cedendo
nach gemeinem Recht und BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Ernst Landsberg

Referendar aus Berlin.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Welche Stellung hat eine individualistische Rechtsordnung gegenüber den vertragsmäßigen Verfügungsverboten, insbesondere dem pactum de non cedendo einzunehmen? 1

B. Hauptteil.

I. Das pactum de non cedendo nach gemeinem Recht.

§ 2. 1. Begriff und Wesen des pactum de non cedendo . . 3

§ 3. 2. Hat das pactum de non cedendo dingliche oder obligatorische Wirkung? 8

II. Das pactum de non cedendo nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 4. 1. Begriff und Wesen des pactum de non cedendo . . 19

§ 5. 2. Die dingliche Wirkung des pactum de non cedendo nach § 399 BGB. 25

§ 6. 3. Enthält die Bestimmung des § 399 BGB. eine Ausnahme von der Vorschrift des § 137 BGB.? 27

4. Die obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo

§ 7. a) im Falle des § 405 BGB. 29

§ 8. b) infolge des Schutzes des guten Glaubens im Grundbuchrechte 39

§ 9. c) nach der Vorschrift des § 851 ZPO. 44

§ 10. 5. Die eigentliche Natur der dinglichen Wirkung des pactum de non cedendo 47

6. Ausdehnung der Vorschriften über das pactum de non cedendo

§ 11. a) gemäß § 412 BGB. 59

§ 12. b) gemäß § 413 BGB. 64

§ 13. c) auf die Anweisung 69

§ 14. d) im Sachenrecht. 71

C. Schluß.

§ 15. Anwendbarkeit der Vorschriften über das pactum de non cedendo auf die Wertpapiere. 75

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht. 1904.

Annalen, Annalen des königl. sächs. Oberappellationsgerichts zu Dresden, herausgegeben von Langenn, Sickel, Pöschmann. Bd. 4. 1862.

Attenhofer, Der Gegenstand der Zession nach schweizerischem Obligationenrechte mit besonderer Berücksichtigung des heutigen gemeinen Rechts. Fortsetzung. Separatabdruck aus der Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. Bd. 5.

Bähr, Zur Zessionslehre. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von v. Gerber, Jhering, Bd. 1. 1857.

Begründung, Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages 9. Legislaturperiode 5. Session 1897/98.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Das Sachenrecht. 1903.

Birkmeyer, Die Kodifikation des Verlagsrechts. 1901.

Böcking, Gaii Institutiones. Quinta Editio.

Bonheim, Inhalt u. Bedeutung des § 405 des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1904.

Brassert, Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865. 1888.

Brunner, Die Wertpapiere. Handbuch des Handelsrechts Bd. 2. 1882.

Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und BGB. 1900.

Buth, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Rech und BGB. 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1905.

Dernburg, Das Sachenrecht. 1904.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1 Abt. 1: Allgemeiner Teil. 1900.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2: Obligationenrecht. 1900.

Eck, Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 35. 1896.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Lieferung 2. 1902.

Eckstein, Die Übertragbarkeit der Forderungen nach künftigem deutschen Reichsrecht. 1898.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903. Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Abt. 1: .Sachenrecht. 1905.

Endemann, Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870. 1871.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 1898.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1902.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. 1902.

Gareis, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Der allgemeine Teil. 1900.

Gareis, Das deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877. 1877.

Gareis, Wechselordnung. 1904.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1904.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 1903.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97. 1900.

Hellmann, Zivilrecht zur Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 3. Folge Bd. 5 2. Heft. 1899.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Allgemeiner Teil. 1900.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 1903.

v. Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 32 1885.

Johow-Ring, Jahrbuch f. Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 21. 1901.

De Jonge, Die Unübertragbarkeit der Retourbillete. 1888.

De Jonge, Retourbillets und kein Ende! 1889.

Kistner, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und BGB. 1903.

Klostermann, Die Patentgesetzgebung aller Länder. 1876.

Koch, Neueste Handelsrechtsquellen. Beilageheft zur Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 23. Die Drucksachen der Reichsbank. 1878.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.

Krueger-Mommsen, Corpus iuris civilis. Volumen primum. 1899.

Krueger, Corpus iuris civilis. Volumen secundum. 1900.

Küchen, Das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und neuem Gläubiger bei Übertragung der Forderung. Rostock. Diss. Borna-Leipzig 1905.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 2. 1899.

Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.

Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1898.

Mittelstaedt-Hillig, Das Verlagsrecht. 1901.

Motive = Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 1896.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 2. 1901.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 11. 1905. 2. Halbjahr.

Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte. 1836.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. 1. 1904.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 1906.

Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 1897.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3. 1902.

Pöschmann, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. Bd. 2: Das Recht der Forderungen. 1865.

Predari, Kommentar zu den Nebengesetzen. Die Grundbuchordnung. Teil 2. 1902.

Protokolle = Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Lieferung 1. Bd. 1. 1897. Bd. 3. 1899.

Raasch, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Rechte und BGB. 1903.

Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession. Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1: Allgemeiner Teil. 1899.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 1903.

Rehbein, Allgemeine deutsche Wechselordnung. 1900.

Reichsgericht = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 4. 1881. Bd 31. 1893.

Reinecke, Steht das zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bei Begründung des Obligationsverhältnisses geschlossene pactum de non cedendo dem Zessionar entgegen, wenn er die trotz jener Übereinkunft zedierte Forderung einklagt? 1892.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. BGB. II. Buch. 1899.

Schlesinger, Die Wirksamkeit des pactum de non cedendo. 1892.

Schmid, Die Grundlehren der Zession. Teil 2. 1866.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Erste Hälfte. Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 1900.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin. Koch. 1903.

Seligsohn, Patentgesetz. 1906.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 2. 1905.

Seuffert, Über die Wirkung eines vertragsmäßigen Zessionsverbotes. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 51. 1868.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2: Das Obligationenrecht. 1861.

Sohm, Institutionen. Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts. 1901.

Spahn, Urheberschutz und Verlagsvertrag nach den Beschlüssen der Reichstagskommission. Deutsche Juristenzeitung 6. Jahrg 1901 Nr. 8.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1. Einleitung und allgemeiner Teil. 1903.

Staudinger-Kuhlenbeck. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil. 1906.

Stegemann, Das pactum de non cedendo. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 67. 1884.

Stenglein, Reichsgesetze zum Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums. 1902.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechts Bd. 27, 1889.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Bd. 1: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1902.

v. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1895.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 1900.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 1900.

Zimmermann, Über die dem Schuldner gegen den Zessionar zustehenden Einwendungen. Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart. Bödicker Bd. 4. 1884.

Einleitung.

§ 1.

Welche Stellung hat eine individualistische Rechtsordnung gegenüber den vertragsmäßigen Verfügungsverboten, insbesondere dem pactum de non cedendo, einzunehmen?

Bei Betrachtung der Privatrechtssysteme der einzelnen Völker zeigt es sich, daß einige unter den Rechtsordnungen von individualistischen Grundgedanken, andere dagegen von genossenschaftlichen Prinzipien beherrscht sind. Je nachdem wird dem Willen des einzelnen mehr oder minder großer Spielraum gelassen, seine Rechtsverhältnisse zu gestalten. Aber auch ein Recht mit individualistischen Tendenzen wird dem Privatwillen einzelne Beschränkungen notwendigerweise auferlegen. Insbesondere sind es die rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbote, oder nach dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches genauer gesagt, die rechtsgeschäftlichen Verfügungsverbote, die eine individualistische Rechtsordnung regelmäßig untersagen wird. Denn gerade im allgemeinen Interesse der Freiheit des einzelnen scheint es geboten, zu verhindern, daß Vermögensbestandteile unveräußerlich gemacht werden können und dem später Berechtigten die Verfügungsfreiheit genommen wird.

Eine besondere Stellung unter den rechtsgeschäftlichen Verfügungsverboten nimmt das pactum de non cedendo ein, das ist derjenige Vertrag, kraft dessen der Gläubiger dem Schuldner gegenüber sich verpflichtet, seine Forderung nicht an einen Dritten zu übertragen. Es fragt sich, ob es am Platze ist, auch dieses rechtsgeschäftliche Verbot zu untersagen, ob insbesondere die für das Veräußerungsverbot von Sachen geltenden allgemeinen Grundsätze auch auf das Zessionsverbot Anwendung finden.

Über diese Frage hat man im gemeinen Recht lebhaft gestritten. Während insbesondere Seuffert die Ansicht vertrat, daß das vertragsmäßige Zessionsverbot nur obligatorisch wirksam sei, nahm die herrschende Meinung an, daß es dingliche Wirkung gegen Dritte habe, daß sich also der Schuldner gegenüber dem Zessionar mit Wirkung auf das vertragsmäßige Zessionsverbot berufen könne. Wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch diese Streitfrage im allgemeinen entschieden hat, indem es regelmäßig die dingliche Wirkung des Verbotes annimmt und nur in einigen Ausnahmefällen eine obligatorische Wirkung für ausreichend erachtet, so haben sich doch auch bereits an die einzelnen Bestimmungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch über diese Materie getroffen hat, zahlreiche Kontroversen geknüpft; ja über einzelne Punkte hat sogar das Bürgerliche Gesetzbuch keine bestimmte Entscheidung gegeben, so daß es Sache der Wissenschaft ist, diese Fragen nach allgemeinen Prinzipien zu lösen.

Es dürfte daher von Interesse sein, die Entwicklung, welche sich bezüglich des pactum de non cedendo im gemeinen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch vollzogen hat, einmal näher zu erörtern, und insbesondere die eigenartige Gestaltung der dinglichen Wirkung des vertragsmäßigen Zessionsverbotes eingehender zu behandeln.[1])

---

[1]) An einer Abhandlung über das pactum de non cedendo nach BGB. fehlt es bisher.

I. Das pactum de non cedendo nach gemeinem Recht.

§ 2.

Begriff und Wesen des pactum de non cedendo.

Es läßt sich nicht feststellen, zu welcher Zeit der Ausdruck pactum de non cedendo entstanden ist. Soviel ist gewiß, daß er in den Quellen noch nicht vorkommt, daß ferner auch in keiner lex das Vorhandensein eines derartigen pactum vorausgesetzt wird. Anderer Ansicht scheint allerdings Schmid[1]) zu sein, der bezüglich des pactum de non cedendo die l. 3 C. de hereditate vel actione vendita IV, 39 und die l. 1 C. de novationibus et delegationibus VIII, 41[2]) für entscheidend erachtet. Die erstgenannte lex lautet: „Nominis venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet." Ebenso lautet — abgesehen von einem noch zugefügten autem — der zweite Teil der anderen erwähnten lex. Zunächst deutet der Wortlaut der genannten Stellen nicht im geringsten darauf hin, daß hier ein pactum de non cedendo vorausgesetzt wird; sodann aber erscheint es auch nach der ganzen Stellung, die die Zession im römischen Rechte eingenommen hat, ausgeschlossen, daß die römischen Juristen sich bereits mit einem pactum de non cedendo beschäftigt haben, so daß auch deshalb die erwähnten leges bezüglich eines pactum de non cedendo nicht geltend gemacht werden können.

Welches war aber die Stellung der Zession im römischen Recht? Diese Frage muß zunächst hier kurz erörtert werden.

---

[1]) Schmid, Die Grundlehren der Zession S. 394; vgl. Schlesinger, Die Wirksamkeit des pactum de non cedendo S. 6.

[2]) Corpus iuris civilis Bd. 2 Ausgabe 7 von Krueger.

Nach römischem Rechte stellt sich das Schuldverhältnis dar als ein iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura pr. J. de obligationibus III, 13. Die Obligation war ein Rechtsband zwischen zwei individuell bestimmten Personen. Allein auf den Erben konnten Forderungen übergehen, weil man davon ausging, daß er gewissermaßen die Persönlichkeit des Erblassers nur fortsetze. Abgesehen hiervon erschien aber den Römern die Übertragung einer Forderung unmöglich.

Man kann nicht schlechthin leisten, sondern nur jemandem leisten. Indem die Römer von diesem Gedanken ausgingen, zogen sie die notwendige Folge, daß sich durch das Eintreten eines neuen Gläubigers auch stets der Inhalt der Leistung des Schuldners ändere;[3]) eine derartige Änderung bedurfte aber der Zustimmung des Schuldners.

Wenn daher in ältester Zeit der Gläubiger seine Forderung einem anderen zuwenden wollte, so mußte das alte Schuldverhältnis aufgehoben und eine neue Forderung begründet werden. Es geschah dies im Wege der Novation. Wenn auch bereits die Novation praktisch Zessionswirkung haben konnte,[4]) so bot sie doch zahlreiche Nachteile. Zunächst bedurfte es der Mitwirkung des Schuldners; sodann gingen aber auch zugleich mit dem alten Schuldverhältnis sowohl die dafür bestellten Sicherheiten als auch die dagegen zulässigen Einwendungen unter.

Diesen Nachteilen suchte der Prätor durch das sogen. mandatum ad agendum in rem suam abzuhelfen. Dieses mandatum vollzog sich in der Weise, daß der Gläubiger denjenigen, welcher die Forderung erwerben wollte, zum procurator in rem suam machte, ihm also den Auftrag erteilte, die Forderung einzuklagen, das im Wege der Klage Erlangte für sich zu behalten. Die Klagformel lautete dabei: Si paret, Numerium Negidium Publio Mevio sestertium X milia dare oportere, judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X milia condemna, si non paret, absolve. Gaius Inst.[5]) IV, 86. Es wurde also die condemnatio

[3]) Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts Bd. 2 S. 332/33.

[4]) Sohm, Institutionen S. 408.

[5]) Gaii, Institutiones; Böcking 5. Aufl. S. 309/10.

auf den Namen desjenigen, welcher die Forderung erwerben wollte, die intentio auf den Namen des alten Gläubigers gestellt. Erhob der Prokurator gegen den Schuldner Klage, brachte er es zur Litiskontestation, so wurde er nunmehr dominus litis. Erst jetzt trat der Prokurator in ein festes Verhältnis zur Forderung. Bis dahin hatte der Mandatar in rem suam kein Recht an der Forderung. Er war von Rechts wegen nicht Gläubiger, sondern nur ein Beauftragter des Gläubigers.[6])

Hier zeigen sich also die erheblichen Mängel, die dem mandatum ad agendum in rem suam anhafteten. Denn wie jeder andere Auftrag erlosch auch das mandatum in rem suam, wenn der ursprüngliche Gläubiger es widerrief.[7]) Dieselbe Wirkung trat ein, wenn der ursprüngliche Gläubiger oder der procurator starb. Ein weiterer Übelstand war der, daß bis zur Litiskontestation immer noch der Schuldner an den ursprünglichen Gläubiger leisten konnte.

Um nun den Erwerber schon vor der Litiskontestation zu sichern, gab man ihm einerseits das Recht der Denuntiation, d. h. sobald der procurator in rem suam den Schuldner benachrichtigte, daß er vom bisherigen Gläubiger beauftragt sei, die Forderung einzuklagen, so durfte der Schuldner nunmehr an den bisherigen Gläubiger nicht mehr zahlen; andererseits erhielt der Erwerber vom Prätor eine actio utilis, bei welcher bereits die intentio der Formel auf den Namen des Erwerbers gesetzt war. Vermöge dieser actio klagte er nicht mehr als Bevollmächtigter, sondern im eigenen Namen; deshalb war nunmehr sein Recht auch dem Widerrufe des urprünglichen Gläubigers entzogen und vererblich.[8])

Aber auch bei dieser letzten Entwicklungsstufe der Zession im römischen Recht geht die Forderung selbst auf den Erwerber nicht über. Erst im gemeinen Recht wurde die Sondernachfolge

---

[6]) Sohm l. c. S. 408.

[7]) Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 27 S. 391.

[8]) Bezüglich des Streites, der über die eigentliche Bedeutung der utilis actio herrscht, vgl. Windscheid-Kipp l. c. S. 333/34.

in Forderungen von der Mehrzahl der Schriftsteller anerkannt. Andere namhafte Juristen wollen allerdings auch für das gemeine Recht von einer Sondernachfolge nichts wissen. So bestimmt Mühlenbruch[9]) das Wesen der Zession in folgender Weise: „Zession ist die Übertragung der Befugnis, ein fremdes Forderungsrecht als eigenes geltend zu machen.“ Es ist jedoch der herrschenden Meinung, insbesondere auf Grund der Erwägung beizustimmen, „daß die Zession im gemeinen Rechte sachlich die Gestalt einer Sukzession in die Forderung angenommen hat, und daß alle ihre einzelnen Rechtssätze auf diese Idee zurückleiten.“[10]) Auch das Reichsgericht hat im vierten Bande seiner Entscheidungen sich dem „mit dem Begriffe und Wesen des Forderungsrechtes wohl verträglichen Satze“ angeschlossen, daß „durch die Zession eine Sondernachfolge in die Forderung herbeigeführt wird“.[11]) Dagegen steht allerdings das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen[12]) auf dem Standpunkt, daß eine Singularsukzession bei Forderungen nicht möglich sei.

Bei dieser Stellung des römischen und — wenigstens unter Zugrundelegung der Ansicht Mühlenbruchs und anderer — des gemeinen Rechts zur Zession erscheint es verständlich, wenn man sich erst spät im gemeinen Recht mit dem pactum de non cedendo zu beschäftigen begonnen hat. Derjenige, der zum ersten Male in einer etwas ausführlichen Weise sich über das pactum de non cedendo ausgelassen hat, ist Seuffert.[13]) Vor ihm wurde das pactum de non cedendo nur kurz, meist gar nicht behandelt.[14]) Nach Seuffert wurde jedoch gar bald das Zessionsverbot von den meisten Schriftstellern ausführlicher

---

[9]) Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte S. 222.

[10]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 135.

[11]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 4 S. 115.

[12]) Pöschmann, Komm. zu dem BGB. für das Königreich Sachsen Bd. 2 S. 157.

[13]) Seuffert, Über die Wirkung eines vertragsmäßigen Zessionsverbotes im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 51 S. 102ff.

[14]) Mühlenbruch l. c.; ferner Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht S. 790 ff.

besprochen; insbesondere entspann sich über seine Wirkung lebhafter Streit. Dieser Streit wurde um so bedeutsamer, weil auch im praktischen Leben häufig von dem rechtsgeschäftlichen Zessionsverbot Gebrauch gemacht wird.

Die Kaufleute haben oft ein lebhaftes Interesse daran, daß nicht Dritte über ihre pekuniäre Lage unterrichtet werden; sie suchen dem dadurch vorzubeugen, daß sie mit ihrem Gläubiger die Unübertragbarkeit der Forderung vereinbaren. Denn nicht selten kommt es vor, daß zahlreiche Gläubiger, wenn sie von einer Schuld des betreffenden Kaufmanns erfahren, plötzlich zu gleicher Zeit ängstlich werden und ihr Kapital kündigen. Die Folge wird dann oft sein, daß, wenn auch das Unternehmen des Kaufmannes an sich günstig und gewinnbringend ist, er doch nicht immer die nötigen Summen unerwartet flüssig machen kann und daher große Vermögensverluste erleidet, ja zuweilen selbst in Konkurs gerät.

Ähnlich wie dem Kaufmann wird auch anderen Personen häufig an der Vereinbarung eines pactum de non cedendo viel gelegen sein. Der Student wird zu verhindern suchen, daß die Forderung, die ein Freund gegen ihn hat, in fremde, insbesondere gar in wucherische Hände gelangt. Dem Beamten, der infolge einer plötzlichen Notlage auf kurze Zeit Geld braucht, wird es höchst unangenehm sein, wenn er eines Tages erfährt, daß die Forderung gegen ihn ein ihm sehr unbequemer Dritter erworben hat, dem es zuzutrauen ist, daß er die Sache rücksichtslos an die große Glocke bringt.[15])

So gibt es zahlreiche Fälle, wo die Vereinbarung eines pactum de non cedendo angebracht erscheint.

In neuerer Zeit bestimmen auch zahlreiche Versicherungsgesellschaften häufig unter anderem in ihren Statuten, daß die Rechte aus dem Versicherungsvertrage nicht oder wenigstens nur an Gesellschafter übertragbar seien.[16]) Auch die definitiven

---

[15]) Reinecke: „Steht das zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bei Begründung des Obligationsverhältnisses geschlossene pactum de non cedendo dem Zessionar entgegen, wenn er die trotz jener Übereinkunft zedierte Forderung einklagt?“ S. 8, 9.

[16]) Seuffert l. c. S. 102.

auf den Namen lautenden Depotscheine der Reichsbank erklärt diese für nicht übertragbar. „Werden sie trotzdem zediert oder werden die Papiere gerichtlich mit Beschlag belegt", so nimmt die Reichsbank das Recht für sich in Anspruch, „das Depositum auf Gefahr und Kosten des Deponenten bei Gericht niederzulegen".[17])

Zum Schlusse dieses Paragraphen sei noch hervorgehoben, daß man unter einem pactum de non cedendo nur den zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger über die Unübertragbarkeit der Forderung geschlossenen Vertrag versteht; nicht dagegen spricht man von einem pactum de non cedendo, wenn der Gläubiger einem Dritten verspricht, die ihm gegen seinen Schuldner zustehende Forderung nicht weiter zedieren zu wollen. Auch ein solcher Fall läßt sich denken; so kann der Gläubiger mit seinem Gläubiger einen derartigen Vertrag schließen. Für eine solche Vereinbarung gilt, dies sei hier nur kurz erwähnt, dasselbe wie für das pactum de non alienando; sie ist daher nur obligatorisch wirksam.[18]) Da man jedoch einen derartigen Vertrag des Gläubigers mit einem Dritten nicht als ein pactum de non cedendo zu bezeichnen pflegt, so soll auch hier nur im folgenden von dem Vertrage gesprochen werden, kraft dessen der Gläubiger dem Schuldner gegenüber sich verpflichtet, die Forderung nicht an einen Dritten zu zedieren.

Nachdem Begriff und Wesen, sowie praktische Bedeutung des pactum de non cedendo erörtert ist, gilt es nunmehr zu der Frage Stellung zu nehmen, welche Wirkung einem derartigen pactum zukommt.

§ 3.

Hat das pactum de non cedendo dingliche oder obligatorische Wirkung?

Zwei Meinungen stehen sich bezüglich dieser Streitfrage gegenüber. Auf der einen Seite wird behauptet, daß das pactum

[17]) Koch, Die Drucksachen der Reichsbank S. 270; Neueste Handelsrechtsquellen, Beilageheft zur Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 23.

[18]) In ein anderes Gewand kann sich diese Abrede durch die Vereinbarung eines Vorkaufes eines Dritten in Ansehung der Forderung eines Gläubigers kleiden. Auch dessen Wirkung bleibt rein obligatorisch.

de non cedendo nur obligatorische Wirkung habe, daß also, wenn trotz des vertragsmäßigen Zessionsverbotes die Forderung zediert werde, die Zession gültig sei und nur der Zedent dem Schuldner schadensersatzpflichtig werde. Auf der anderen Seite — und man kann wohl sagen, daß dies die herrschende Meinung des gemeinen Rechts ist — wird die Behauptung aufgestellt, daß dem pactum de non cedendo dingliche Wirkung zukomme, daß also die dem Zessionsverbote zuwider vorgenommene Zession nichtig sei, und daher der debitor cessus eine Einrede gegen die Klage des Zessionars geltend machen könne.

Zunächst soll bezüglich unserer Streitfrage davon ausgegangen werden, daß das pactum de non cedendo bereits bei Begründung der Obligation vereinbart worden ist.

Seuffert, der, wie bereits erwähnt, zuerst eingehender die Streitfrage erörtert hat, spricht sich für eine nur obligatorische Wirkung des Zessionsverbotes aus; ihm haben sich unter anderen Schlesinger[1]) und Kistner[2]) angeschlossen. Für die dingliche Wirksamkeit ist insbesondere Windscheid[3]) aufgetreten, ferner auch Stegemann,[4]) Eck,[5]) Dernburg,[6]) Zimmermann,[7]) Regelsberger,[8]) Attenhofer.[9]) Diesen Schriftstellern haben sich unter anderen Brütt,[10]) Buth,[11]) Raasch[12]) angeschlossen.

[1]) Schlesinger l. c. S. 6ff.

[2]) Kistner, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot S. 60ff.

[3]) Windscheid-Kipp l. c. Bd. 2 S. 358.

[4]) Stegemann, Das pactum de non cedendo S. 315ff., Arch. f. ziv. Prax. Bd. 67.

[5]) Eck, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen PrivR. Bd. 35, Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen S. 304.

[6]) Dernburg, Pand. Bd. 2 l. c. S. 141.

[7]) Zimmermann, Über die dem Schuldner gegen den Zessionar zustehenden Einwendungen S. 323ff., Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. 4.

[8]) Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 63 S. 161, 162.

[9]) Attenhofer, Der Gegenstand der Zession, Fortsetzung, Separatabdruck aus der Zeitschr. für schweiz. Recht N. F. Bd. 5 S. 7.

[10]) Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot S. 30ff.

[11]) Buth, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot S. 36ff.

[12]) Raasch, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot S. 42ff.

Auch das Reichsgericht hat sich im Bd. 31 seiner Entscheidungen[13]) auf den Standpunkt der herrschenden Meinung gestellt.

Da es an Quellenstellen über die Streitfrage fehlt, so gilt es, diese nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu lösen. Einer der wesentlichsten Grundsätze des römischen Rechts ist der, daß es allein Sache der Parteien ist, die zwischen ihnen zu begründende Obligation rechtlich zu gestalten, daß für Verträge vor allem das zwischen den Kontrahenten Vereinbarte von maßgebender Bedeutung ist. Diesem Gedanken wird häufig in den Quellen Ausdruck gegeben. So heißt es in der l. 1 § 6 D. depositi vel contra 16,3:

> ... contractus enim legem ex conventione accipiunt.

Ferner lautet die l. 23 de diversis regulis iuris antiqui 50, 17:

> nam hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit.

Schließlich heißt es in der l. 27 D. de diversis regulis iuris. antiqui 50, 17:

> quamvis obligationum causae pactione possint immutari.[14])

Bei Anwendung dieses Grundgedankens auf die Streitfrage ergibt sich folgendes: Wenn die Kontrahenten ein pactum de non cedendo schließen, so erklärt damit der Gläubiger, daß nur er berechtigt sei, die Forderung geltend zu machen, daß er daher nicht die Forderung an Dritte abtreten werde, der Schuldner erklärt, daß er einzig und allein Schuldner dieses Gläubigers sein wolle. Die Forderung ist also aufs engste mit der Person des Gläubigers verbunden. Würde der lex contractus zuwider dennoch zediert, so würde der von dem Zessionar in Anspruch genommene Schuldner, weil er sich damit lediglich auf die Begrenzung seiner eingegangenen Verpflichtung beruft, mit Recht sagen:

„Mein erklärter Schuldnerwille ist dahin gegangen, daß ich einzig und allein deines Zedenten Schuldner sein wollte, — folglich kann ich überhaupt eines anderen Schuldner gar nicht

---

[13]) Entsch. d. RG. in Zivils. S. 167.

[14]) Corpus iuris civilis Bd. 1, Krueger-Mommsen.

werden, insonderheit durch die contra legem contractus vorgenommene Zession dem Schuldner nicht geworden sein."[15]) Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb beim pactum de non cedendo, wie das RG. in der erwähnten Entsch. (Bd. 31 S. 167) betont, der Geltung des erklärten Willens der Kontrahenten Schranken gesetzt werden sollen.

Der bisher erörterte Gesichtspunkt erscheint für die Streitfrage ausschlaggebend.

Ein weiteres Moment zugunsten der dinglichen Wirkung des pactum de non cedendo hebt Windscheid[16]) hervor, dem sich Regelsberger[17]) und Attenhofer[18]) anschließen. Es wird nämlich nach Windscheids Ansicht „nicht zuerst die Forderung als eine an und für sich veräußerliche geschaffen und dann eine neue Bestimmung getroffen, welche ihr diese Eigenschaft nehmen soll; sondern es wird von vornherein der Macht des Gläubigers die Grenze gesetzt, daß nur er von dem Schuldner Leistung soll fordern dürfen". Es wird demnach von Anfang an eine Forderung mit ganz bestimmtem Inhalt geschaffen.[19])

Für die Dinglichkeit des pactum de non cedendo sprechen ferner folgende Erwägungen:

Es ist bereits oben dargetan, daß der Eintritt eines neuen Gläubigers oft den Schuldner schwer schädigen kann. Es muß ihm daher auch die Möglichkeit gegeben werden, sich dagegen zu schützen, daß die Forderung einem Dritten übertragen wird.

Daß gerade der Schuldner eines besonderen Schutzes bedarf, zeigt sich auch bei den gesetzlichen Zessionsverboten. Das Zessionsverbot bezüglich litigiöser Forderungen, das Verbot der Zession an einen potentior, schließlich das Zessionsverbot in betreff einer Forderung gegen den Mündel an seinen Vormund, sie alle bezweckten, das gefährdete Wohl des Schuldners zu schützen.

Weiterhin sei erwähnt, daß im römischen Rechte Verträge

---

[15]) Stegemann l. c. S. 316; vgl. auch Zimmermann l. c. S. 323.
[16]) Windscheid l. c. Bd. 2 S. 358.
[17]) Regelsberger l. c. S. 162.
[18]) Attenhofer l. c. S. 7, 14.
[19]) Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 191.

sich finden, die einem pactum de non cedendo sehr ähnlich sind. Es sind dies die pacta de non petendo in personam [20]) und in rem. Bei diesen steht es fest, daß der Gläubiger an sie gebunden ist. Hieraus folgt aber, daß auch der Zessionar an sie gebunden ist, da er ja als Rechtsnachfolger nicht mehr Rechte als der Zedent haben kann.[21])

Schließlich sei noch auf das Recht auf Alimentation und das pactum de mutuo dando hingewiesen. Auch hier haben wir es mit Forderungsrechten zu tun, denen nur genügt wird, wenn die Leistung an eine ganz bestimmte Person erfolgt. Es ist aber kein Grund ersichtlich, „weshalb solche Unübertragbarkeit, wenn sie schon als eine Folge der auf dieselbe gerichteten, aus dem Zwecke und Inhalt der Obligation erst zu schließenden Willensmeinung der Beteiligten anerkannt werden muß, nicht auch da eintreten sollte, wo die Beteiligten diese ihre Willensmeinung mit ausdrücklichen Worten einander erklärt und zu einem Teile ihres Vertrages erhoben haben".[22])

All dies nötigt dazu, dem pactum de non cedendo dingliche Wirkung zuzuerkennen.

Es ist nunmehr die Ansicht der Gegner zu erörtern, die dahin geht, daß das pactum de non cedendo nur obligatorisch wirksam sei. Da sei zunächst hervorgehoben, daß, so gering die Zahl der Gegner ist, sie doch fast alle im einzelnen voneinander abweichen. So nimmt Schmid [23]) an, daß das Zessionsverbot zwar den Berechtigten auf persönliche Ansprüche gegen den verpflichteten Veräußerer beschränke; aber andererseits meint er, daß das Zessionsverbot den Zessionar aus seiner eigenen Person einer exeptio doli unterwirft, „sofern er entweder bei lukrativem Titel den dolus des Vorgängers zu vertreten ablehnt, oder bei onerosem Titel an des Vorgängers dolus teilgenommen hat". Dagegen hält Seuffert,[24]) den man wohl als den Führer der gegnerischen Meinung bezeichnen kann, in

[20]) Sintenis l. c. S. 816.
[21]) Zimmermann l. c. S. 324.
[22]) Stegemann l. c. S. 316, 317.
[23]) Schmid l. c. S. 394.
[24]) Seuffert l. c. S. 108, 109.

streng konsequenter Durchführung seiner Ansicht eine exceptio doli unter keinen Umständen für gerechtfertigt; er meint, daß es unerheblich ist, ob der Zessionar das Zessionsverbot kennt oder nicht. Denn auch dann, wenn er das Bestehen des pactum de non cedendo kenne, sei er berechtigt, es zu ignorieren, da ja dasselbe doch nicht die Zession zu hemmen vermöge. Dagegen vertritt Schlesinger[25]) die Meinung, daß die Annahme Seufferts dem Recht und dem allgemeinen Billigkeitsgefühl widerspreche: denn der Zessionar sei sowohl bei der Übernahme der Forderung, als auch dann, wenn er sie gegen den debitor cessus geltend mache, überzeugt, diesem gegenüber unrecht zu handeln; damit seien aber auch die Bedingungen für die exceptio doli gegeben.

So weichen also die Gegner nicht unerheblich im einzelnen voneinander ab. Auch ihre Begründung ist eine verschiedene. Zunächst seien die Ausführungen Seufferts erörtert, der die erheblichsten Gründe gegen die Annahme der Dinglichkeit des pactum de non cedendo geltend macht. Seuffert erkennt zwar selbst an, daß, wenn man davon ausgeht, daß für die rechtliche Gestaltung des Forderungsrechtes einzig und allein der Wille der Parteien maßgebend ist, man notwendigerweise zu dem Resultate gelangen müsse, daß das pactum de non cedendo dinglich wirksam sei. Aber dies Ergebnis hält er im höchsten Grade für verkehrsfeindlich und glaubt es dadurch umgehen zu können, daß er auf das Zessionsverbot dieselben Regeln angewendet wissen will, welche für das vertragsmäßige Veräußerungsverbot von körperlichen Sachen im römischen Rechte gelten. Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot habe aber nur obligatorische Wirkung; die ratio legis dieser gesetzlichen Einschränkung des Einzelwillens sei die Rücksicht auf den allgemeinen Verkehr. Es läge gewissermaßen ein öffentlichrechtliches Interesse vor, welches daher dem vertragsmäßigen Verbote der Parteien die Wirkung versage. Dieselben Gründe aber, welche für die Unwirksamkeit des Veräußerungsverbotes bei Sachen sprächen, seien „gewissermaßen in erhöhter Dringlichkeit

---

[25]) Schlesinger l. c. S. 23, 24.

bei denjenigen Vermögenswerten vorhanden, welche in der Gestalt von Forderungen auftreten".[26])

Daß diese Analogie zum mindesten gewagt ist, scheint auch Seuffert selbst zu empfinden, wenn er von „etwaigen, hieraus entspringenden Bedenken" spricht. Er selbst sucht sich auch, um den Angriffen der Gegner vorzubeugen, von dem Vorwurfe zu reinigen, als habe er mit der analogen Ausdehnung den prinzipiellen Unterschied verkannt, der zwischen dem Verbot der Veräußerung von Sachen und dem Zessionsverbot bestehe.

Gegen die Heranziehung einer derartigen Analogie sprechen zahlreiche Gründe. Zunächst kann man, wenigstens von dem Standpunkte Windscheids aus, bei dem pactum de non cedendo gar nicht von einem Veräußerungsverbote reden, da ja die Forderung von Anfang an als eine unübertragbare geschaffen wird, nicht aber etwa als eine zunächst übertragbare, welcher jedoch alsdann selbständig ein Verfügungsverbot hinzugefügt wird.

Sodann muß — und dies erscheint als der ausschlaggebende Punkt — auf den gewaltigen Unterschied zwischen dinglichen Rechten und Obligationen hingewiesen werden, auf welchen ja, wie auch Seuffert zugibt, der Unterschied zwischen dem Verbote der Veräußerung von Sachen und dem Zessionsverbote hinausläuft. Wenn auch die Forderungsrechte wie die Sachen zu den Vermögensrechten gezählt und als unkörperliche Sachen bezeichnet zu werden pflegen, so muß man sich doch hüten, dieser Zusammenfassung der Vermögenswerte unter dem Gesichtspunkt der Sache allzu große Bedeutung für das Recht beizumessen. „Eine rücksichtslose Ausbeutung dieses Gesichtspunktes würde dazu führen, alle Vermögensrechte, was ihren Erwerb und Verlust angeht, den gleichen rechtlichen Grundsätzen, und zwar denselben, wie das Eigentumsrecht zu unterwerfen".[27]) Die Römer haben nie daran gedacht, bis zu diesem Extrem vorzugehen und stets den Unterschied zwischen Obligation und Eigentum hervorgehoben.[28]) Das dominium erschien ihnen als die konzentrierte

---

[26]) Seuffert l. c. S. 106—108.

[27]) Windscheid-Kipp l. c. Bd. 1 S. 154.

[28]) Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. R. Bd. 1 S. 334.

Machtbefugnis, die dasselbe der Übertragung fähig macht, die Obligation dagegen untrennbar mit der Person des Gläubigers verwachsen.[29])

Ferner spricht gegen die von Seuffert gewählte Analogie, daß es unrichtig ist, wenn Seuffert behauptet, daß die ratio legis dafür, daß das Veräußerungsverbot von Sachen nur obligatorische Wirkung habe, die Rücksicht auf den allgemeinen Verkehr gewesen sei. Die Versagung der dinglichen Wirkung muß vielmehr aus dem soeben geschilderten Begriffe des Eigentums und der Sache gefolgert werden. Die Sache ist ein in der Natur existentes Ding; die Forderung wird erst durch das Recht geschaffen, „und lediglich von ihren Erschaffern hängt es ab, wie das Geschöpf beschaffen sein soll".[30])

Ein weiteres Argument, das Seuffert[31]) gegen die Dinglichkeit des pactum de non cedendo anführt, ist, daß durch die absolute Wirkung des Zessionsverbotes der Verkehr sehr gehemmt werden würde; es würde sich alsdann ein bedenkliches Mißtrauen gegen die Übernahme von Forderungen geltend machen, ja der nationale Wohlstand, wie Schlesinger[32]) gar meint, erschüttert werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich, abgesehen von einigen Ausnahmen, auch für die dingliche Wirkung des Zessionsverbotes ausgesprochen, und man wird nicht gerade behaupten können, daß dadurch „der nationale Wohlstand erschüttert" worden ist. Als ein weit größeres Verkehrshindernis muß es angesehen werden, daß der Schuldner die Einreden, die ihm gegen den Zedenten zustehen, regelmäßig dem Zessionar, mögen sie diesem bekannt sein oder nicht, entgegensetzen kann. Demnach ist auch die ökonomische Wahrheit der Behauptung Seufferts nicht zu hoch anzuschlagen.[33])

Den von Seuffert gegen die Dinglichkeit des pactum de

---

[29]) Bähr, Zur Zessionslehre; Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen PrivR. Bd. 1 S. 352.

[30]) Stegemann l. c. S. 319.

[31]) Seuffert l. c. S. 105, 106.

[32]) Schlesinger l. c. S. 12.

[33]) Stegemann l. c. S. 319.

non cedendo angeführten Gründen schließen sich Schlesinger[34]) und Kistner[35]) an.

Dagegen sucht Schmid[36]) auf andere Weise zu begründen, daß dem Zessionsverbote nur obligatorische Wirkung zukomme. Schmid hält, wie bereits früher kurz angedeutet worden ist,[37]) für die Streitfrage den Umstand entscheidend, daß die Zession an sich wider Willen des Schuldners vollzogen werden darf; es sei daher der wider den in Vertragsform ausgesprochenen Willen des Schuldners vollzogene Forderungsübergang nicht schlechthin nichtig.

Der Umstand aber, daß die Zession an sich wider Willen des Schuldners vollzogen werden kann, beweist nichts für die Frage, ob diese gesetzliche Regel auch dann zur Anwendung gelangt, „wenn der Gläubiger schon bei Begründung der Obligation dem ausgesprochenen Willen des Schuldners, daß nicht zediert werden dürfe, durch vertragsmäßige Einigung sich gefügt hat".[38]) Weit eher ist noch, wie das Reinecke[39]) tut, der Schluß per argumentum e contrario gerechtfertigt, daß der Zessionar sich auf jene an sich gültige Regel dann nicht berufen kann, wenn die Kontrahenten bei Begründung der Obligation vereinbart haben, daß diese Regel nicht zur Anwendung kommen solle.

Schließlich ist noch der Vollständigkeit halber ein in dem Erkenntnis des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck vom 29. 11. 1834 — mitgeteilt in Seufferts Archiv Bd. 5 Nr. 11 — gegen die dingliche Wirkung des Zessionsverbotes angeführtes Argument zu widerlegen. Es wird nämlich zur Entscheidung der Streitfrage in dem Erkenntnis der Fall herangezogen, daß der Gläubiger, nachdem er bereits die Forderung an jemanden zediert hat, eine abermalige Zession vornimmt. In diesem Falle sei, wenn der zweite Zessionar dem ersten zuvorkomme, die

---

[34]) Schlesinger l. c. S. 11ff.
[35]) Kistner l. c. S. 60ff.
[36]) Schmid l. c. S. 394.
[37]) vgl. S. 3 dieser Arbeit.
[38]) Stegemann l. c. S. 320.
[39]) Reinecke l. c. S. 45.

letzte Zession gültig, obwohl in der ersten Zession das Versprechen liege, die Forderung keinem anderen zu übertragen.

Diese Analogie ist wenig glücklich gewählt. Denn in dem von dem Lübecker Oberappellationsgerichte herangezogenen Fall ist das pactum de non cedendo zwischen dem Gläubiger und dem ersten Zessionar geschlossen und kann daher dem Schuldner keine Rechte verschaffen; in der hier behandelten Streitfrage handelt es sich jedoch um ein pactum de non cedendo, das der Gläubiger und der Schuldner vereinbart haben.[40])

Die bisherige Erörterung der Streitfrage hat demnach gezeigt, daß während die von den Gegnern für die nur obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo angeführten Gründe nicht für entscheidend zu erachten sind, dagegen die von den Anhängern der Dinglichkeit des vertragsmäßigen Zessionsverbots geltend gemachten Erwägungen für die Lösung der Frage ausschlaggebend erscheinen.

Bisher war angenommen worden, daß das pactum de non cedendo bereits bei Errichtung der Obligation vereinbart worden ist. Es fragt sich, ob das Ergebnis ein anderes ist, wenn das Zessionsverbot erst nachher verabredet wird.

Diese Frage muß hier besonders deshalb erörtert werden, weil tatsächlich ein Schriftsteller zu einem verschiedenen Resultate gelangt, je nachdem das pactum de non cedendo bereits bei Begründung der Obligation oder erst später vereinbart worden ist. Es ist dies Attenhofer.[41]) Dieser nimmt an, daß ein bei Konstituierung der Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbartes Zessionsverbot dingliche Wirksamkeit habe, dagegen ein nachher verabredetes nur obligatorisch wirksam sei. Alle übrigen Schriftsteller, auch die Gegner[42]) halten den von Attenhofer gewählten Unterschied für unerheblich.

Attenhofer geht, wie Windscheid, davon aus, daß es nicht richtig sei, von einem Forderungsveräußerungsverbot zu

---

[40]) Stegemann l. c. S. 321.

[41]) Attenhofer l. c. S. 7ff.

[42]) Seuffert l. c. S. 110: „Ob das Zessionsverbot schon bei Errichtung der betreffenden Obligation selbst oder nachher paktiert wurde, ist gleichgültig".

sprechen. Wenn eine Forderung bei ihrer Konstituierung ausschließlich an einen bestimmten Gläubiger geknüpft werde, so werde ihr von Anfang an der Charakter der Unübertragbarkeit verliehen. Dies sei jedoch nicht der Fall, wenn das pactum de non cedendo erst nach Errichtung der Obligation vereinbart wurde. Eine derartige erst nachträgliche Vereinbarung der Parteien könne die Forderung nicht ohne weiteres derartig alterieren, daß sie nunmehr zu einer unveräußerlichen umgestaltet würde. Bei einer solchen Verabredung müßten daher die für das pactum de non alienando geltenden Grundsätze analog angewendet werden. Allerdings sei insofern eine Einschränkung zu machen, als dann, wenn einem ohne Zessionsverbot ausgestellten Schuldtitel nachträglich ein pactum de non cedendo beigefügt werde, sich unzweifelhaft eine Novation vollzogen habe, so daß also an die Stelle der alten Forderung bezw. des ursprünglichen, ohne Zessionsverbot ausgestellten Schuldtitels eine neue Forderung, also ein durch ein pactum de non cedendo beschränkter Schuldtitel getreten sei. Wenn dies aber richtig sei, so falle die Entstehung des Zessionsverbotes mit der Konstituierung der durch die Novation geschaffenen neuen Forderung zusammen, so daß infolgedessen angenommen werden müsse, daß das Zessionsverbot bei Errichtung der allein noch in Betracht kommenden Forderung vereinbart worden sei. — Auch vom Standpunkte der aequitas erscheine es erforderlich, zu unterscheiden, ob das Zessionsverbot schon bei oder erst nach Errichtung der Obligation verabredet worden sei.

Gegen diese Ausführungen sprechen jedoch mannigfaltige Gründe.

Zunächst ist die Berufung Attenhofers auf die aequitas ungerechtfertigt. Es scheint ihm allerdings der Gedanke vorgeschwebt zu haben, dem unser BGB. im § 405 Ausdruck verliehen hat, daß es nämlich die aequitas erfordert, wenn über die Schuld eine Urkunde vom Schuldner ausgestellt und die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten worden ist, den neuen Gläubiger zu schützen, sofern dieser bei der Abtretung das Zessionsverbot weder kannte noch kennen mußte. Wenn aber Attenhofer meint, daß bei beurkundeten Forde-

rungen das Zessionsverbot für den Zessionar regelmäßig nur dann nicht erkennbar wird, wenn diese Verabredung nachträglich getroffen worden ist, so ist ihm von der von ihm gewählten Unterscheidung aus entgegenzuhalten, daß das gleiche der Fall sein wird, wenn kein Schuldtitel ausgestellt worden ist, oder wenn das pactum de non cedendo neben einem schriftlichen Vertrage mündlich vereinbart worden ist.

Ferner ist gegenüber den Ausführungen Attenhofers zu erwägen, daß dieselben Gründe, die für die dingliche Wirkung des bereits bei Errichtung der Obligation vereinbarten Zessionsverbotes sprechen, auch für das nachher Verabredete Geltung haben. Denn wenn der Wille der Parteien imstande ist, eine von Anfang an unübertragbare Forderung zu schaffen, so muß er auch einer schon bestehenden Forderung die Zessionsfähigkeit wirksam nehmen können. Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit müssen die Kontrahenten — und diese Erwägung erscheint ausschlaggebend — auch nach Begründung der Obligation in betreff des Inhaltes und der Gestaltung der Forderungen diejenigen Modifikationen vornehmen können, die sie schon bei Errichtung der Obligation hätten hinzufügen können.[43])

Es ergibt sich daher, daß die von Attenhofer gemachte Unterscheidung unerheblich und die Streitfrage stets dahin zu entscheiden ist, daß dem pactum de non cedendo nach gemeinem Rechte dingliche Wirkung zukommt.

II. Das pactum de non cedendo nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 4.

Begriff und Wesen des pactum de non cedendo.

Um Begriff und Wesen des pactum de non cedendo nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch richtig würdigen zu können, ist es zunächst erforderlich, in kurzen Zügen zu erörtern, in welcher Weise das Bürgerliche Gesetzbuch die Lehre von der Zession gestaltet hat.

[43]) Brütt l. c. S. 33, 34; Schlesinger l. c. S. 22, 23.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat durch die Bestimmung des § 398 dem Streite ein Ende gemacht, ob die Zulassung einer Sondernachfolge in Forderungen gerechtfertigt erscheint. Die Motive[1]) führen diesbezüglich aus: „Der Entwurf beruht auf dem Grundsatze, daß die aus Schuldverhältnissen entspringenden Forderungen, ohne daß es einer Einwilligung des Schuldners bedarf, vermöge besonderen Rechtstitels in der Art auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übertragen werden können, daß mit der Übertragung der letztere aufhört Gläubiger zu sein, und derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt, die übertragene Forderung somit als eigene erwirbt.“ Diese Auffassung der Zession wird dann weiter damit gerechtfertigt, daß bereits für das gemeine Recht eine Anzahl namhafter Schriftsteller die Vereinbarkeit der Sondernachfolge in Forderungen aus Schuldverhältnissen mit der Natur der Forderungen anerkannt haben, daß diese Anerkennnng durch das Verkehrsbedürfnis erfordert werde, und daß auch die meisten neueren Gesetze auf dem Boden des Prinzipes der Sondernachfolge in Forderungen ständen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch führt für die bei der Zession in Betracht kommenden Personen folgende neue Bezeichnungen ein: Den Zedenten nennt es „ursprünglichen Gläubiger“, den Zessionar „neuen Gläubiger“, den debitor cessus „Schuldner“. Diese Benennungen sind nicht zweckmäßig.[2]) Es ist nicht sonderlich geschickt, auch dann vom „ursprünglichen Gläubiger“ zu sprechen, wenn dieser von einem früheren Gläubiger, dem ursprünglichen oder dessen Rechtsnachfolger die Forderung erlangt hat. Allerdings spricht das Bürgerliche Gesetzbuch zuweilen genauer vom „bisherigen Gläubiger“. Ebenso trifft die Bezeichnung „neuer Gläubiger“ dann nicht zu, wenn keine Forderung übergeht, z. B. weil die Forderung von dem Abtretenden schon einem anderen übertragen worden war. Deshalb nimmt Dernburg[3])

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 118.

[2]) Eck, Vorträge über das Recht des BGB. S. 386. Besonders unzutreffend sind die Bezeichnungen im § 409 BGB.

[3]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 343.

mit Recht an, daß man auch in Zukunft in der Rechtssprache die Benennungen: Zedent, Zessionar und Zessus als die deutlicheren und kürzeren beibehalten wird.

Im § 398 BGB. wird die Übertragung einer Forderung durch Vertrag Abtretung genannt. Die Abtretung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft. Nach der Bestimmung des ersten Entwurfes (§ 294 II, 2 mit § 290 II), die die zweite Kommission allerdings als entbehrlich gestrichen hat, wird die Wirksamkeit des Vertrages dadurch nicht ausgeschlossen, „daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war“.[4])

Bestritten ist, ob eine fiduziarische Abtretung nach Bürgerlichem Gesetzbuch möglich ist. Ihre Wirksamkeit ist eine unabweisliche Folgerung aus dem soeben erwähnten, abstrakten Charakter der Zession.[5]) Stammler[6]) bestreitet allerdings, daß eine fiduziarische Zession nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zulässig sei. Er wendet sich insbesondere gegen die Ausführungen Dernburgs,[7]) welcher nach außen hin dem Fiduziar die Stellung des Gläubigers der Forderung gibt, jedoch bezüglich des Innenverhältnisses annimmt, daß der Fiduziar ein bloßer Bevollmächtigter bleibt. Stammler bezweifelt, daß durch die Gegenüberstellung „nach außen“ und „nach innen“ bei einem und demselben rechtlich geordneten Verhältnisse eine klare Bestimmung desselben möglich ist. Für die Beurteilung der Frage erscheint ihm vielmehr § 409 BGB. entscheidend; dieser handle von einer angeblich, tatsächlich aber nicht erfolgten Abtretung; zum Schutze des Schuldners sei hier bestimmt, daß der Schuldner zwar berechtigt sei, unter den im § 409 genannten näheren Modalitäten an die ihm als neuer Gläubiger vorgestellte Person zu zahlen, nicht aber dazu verpflichtet. Solle der Schuldner ver-

---

[4]) Eckstein, Die Übertragbarkeit der Forderungen nach künftigem deutschen Reichsrecht S. 20.

[5]) Oertmann, Komm. z. BGB., Das Recht der Schuldverhältnisse S. 266.

[6]) Stammler l. c. S. 194ff.

[7]) Dernburg, Pand., Allgem. Teil S. 231.

pflichtet sein, an einen neuen Gläubiger zu zahlen, so sei eine wirksame Abtretung der Forderung nach § 398 BGB. erforderlich.

Die herrschende Meinung nimmt jedoch an, daß eine fiduziarische Zession zulässig ist, so unter anderen Endemann,[8]) Staudinger-Kuhlenbeck,[9]) Cosack.[10]) Mit Recht! Denn wenn, wie bereits hervorgehoben ist, die Zession ein abstraktes Rechtsgeschäft ist, wenn ihr ein Vertrag zugrunde liegen kann, der nicht nur auf Veräußerung gerichtet ist, sondern auch andere Zwecke verfolgt, so ist damit die Möglichkeit einer fiduziarischen Zession gegeben. Was den von Stammler herangezogenen § 409 BGB. betrifft, so bezieht er sich auf die fiduziarische Zession „nur in derselben Weise, wie auf jede andere mit Mängeln behaftete Zession. Denn an sich ist sie vollwirksam".[11]) Vollkommen widerlegt wird aber die Ansicht Stammlers durch den Hinweis auf § 223 Abs. 2 BGB. Hier haben wir im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst den Fall eines fiduziarischen Geschäfts.[12]) Der Schuldner ist daher nicht nur, wie Stammler meint, berechtigt, sondern auch verpflichtet, dem fiduziarischen Zessionar zu leisten.[13])

Nach dieser kurzen Erörterung der Gestaltung der Zessionslehre im Bürgerlichen Gesetzbuch ist nunmehr Begriff und Wesen, sowie die Bedeutung des pactum de non cedendo näher zu behandeln.

Aus den obigen Ausführungen geht bereits hervor, daß zwar in der Regel nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Person des Gläubigers kein wesentliches Element des Schuldverhältnisses bildet Andererseits erkennt jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich an, daß die Person des ursprünglichen Gläubigers unter

---

[8]) Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 870.

[9]) Staudinger-Kuhlenbeck, Komm. z. BGB., Recht der Schuldverhältnisse S. 276.

[10]) Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 S. 219; vgl. auch Regelsberger l. c. S. 167 ff.

[11]) Schollmeyer, Komm. z. BGB., Recht der Schuldverhältnisse S. 362.

[12]) Fischer-Henle, BGB. § 223 Anm. 4.

[13]) Hellmann, Zur Literatur des BGB. für das Deutsche Reich S. 23, Krit. VSchr. für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2. Heft.

Umständen von so wesentlicher Bedeutung sein kann, daß die Forderung an einen anderen nicht abgetreten werden kann. Es ist dies gemäß § 399 BGB. dann der Fall, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Bereits im zweiten Paragraphen des Abschnittes, der die Übertragung der Forderung zum Gegenstande hat, behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch das vertragsmäßige Zessionsverbot. Schon aus diesem äußeren Umstande geht hervor, welch wichtige Stellung das pactum de non cedendo in der Zessionslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs einnimmt. Es hängt dies eng mit der großen praktischen Bedeutung des Zessionsverbotes zusammen, die gerade in der neueren Zeit immer mehr hervorgetreten ist.

Es ist bereits betont worden,[14]) daß in neuerer Zeit nach den Statuten zahlreicher Versicherungsgesellschaften die Rechte aus dem Versicherungsvertrage nicht, oder nur an Mitglieder der Gesellschaft übertragbar sind, daß die Reichsbank die definitiven Depotscheine für unübertragbar erklärt. Einem Zessionsverbot begegnet man ferner bei den Rundreise- und Rückfahrkarten. Jhering[15]) ist allerdings der Ansicht, daß ein Inhaberpapier, das es nur in gewissen Richtungen sein soll, eine contradictio in adjecto ist. Auch der Wille der Parteien sei nicht imstande, ein Rechtsinstitut zu etwas anderem zu machen, als was es einmal ist; ein etwaiges Verbot der Benutzung der Retourbillets seitens dritter Erwerber durch die Gesetzgebung würde eine Unbilligkeit enthalten, da es sich für den Käufer nicht um einen ungerechtfertigten Gewinn, sondern um Abwehr eines Verlustes handle; ein derartiges Verbot würde sich auch mit dem natürlichen Rechtsgefühl in Widerspruch setzen. Der gleichen Ansicht ist Zimmermann.[16]) Dagegen führt de Jonge[17])

[14]) vgl. oben S. 7 (§ 2).

[15]) Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, Jahrb. für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen PrivR. Bd. 23 S. 327 ff.

[16]) Zimmermann l. c. S. 340.

[17]) De Jonge, Die Unübertragbarkeit der Retourbillete S. 5 ff. und Retourbillets und kein Ende! besonders S. 11 ff.

aus, daß die Leistung, die den Gegenstand des durch das Retourbillet gewährten Forderungsrechtes bildet, einheitlich und unteilbar ist, daß das Inhaberpapier, sobald der Inhaber des Eisenbahnbillets die Fahrt begonnen hat, zu einem Legitimationspapier wird. Er stellt daher den Satz auf, daß ein Verbot des Verkaufs von Retourbilleten nicht nur rechtlich möglich, sondern überflüssig ist, da auch ohne ausdrückliches Verbot der Verkauf von Retourbilleten als eine rechtswidrige, zivilrechtlich unwirksame, strafbare Handlung sich darstellt. Es ist mit Dernburg[18]) de Jonge dahin zuzustimmen, daß es sich hier in der Tat um Forderungen handelt, deren Inhalt es widerspricht, daß die Leistung zum Teil für den einen, zum Teil für einen anderen erfolgt. Die Leistung, die in einem Retourbillet zugesagt wird, ist nur für eine einzige Person bestimmt.

Zum Schlusse dieses Paragraphen sei noch hervorgehoben, daß auch bei der Erörterung des pactum de non cedendo nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur der Vertrag behandelt werden soll, kraft dessen der Gläubiger dem Schuldner gegenüber sich verpflichtet, die Forderung nicht an einen Dritten abzutreten. Ist dagegen das Zessionsverbot zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, z. B. seinem Gläubiger vereinbart worden, so greift die Vorschrift des § 137 BGB. Platz. Es würde demnach durch ein derartiges Zessionsverbot die Befugnis des Gläubigers, die Forderung abzutreten, nicht ausgeschlossen werden können. Eine solche Verpflichtung des Gläubigers würde nur obligatorisch wirksam sein (§ 137 Satz 2 BGB.) und ihn, wenn er trotz des Verbotes die Forderung abtritt, schadensersatzpflichtig gegenüber dem stipulator machen.[19]) Dagegen würde sich der stipulator auf dieses Verbot selbst dann, wenn der Zessionar es gekannt hat, nicht berufen können.[20]) Ein derartiges Zessionsverbot zwischen dem Gläubiger und einem Dritten wird im folgenden nicht weiter erörtert werden.

---

[18]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 355.

[19]) Die gleichen Sätze würden bei der Abrede eines Vorkaufes bezüglich einer Forderung auf Grund der §§ 504 ff. BGB. eintreten.

[20]) Kistner l. c. S. 88; vgl. Prot. Bd. 3 S. 257.

§ 5.

Die dingliche Wirkung des pactum de non cedendo nach § 399 BGB.

Es ist bereits im ersten Teile ausgeführt worden, daß dem pactum de non cedendo nach gemeinem Recht dingliche Wirkung zukommt. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen[1]) steht allerdings auf einem anderen Standpunkte. Hier macht das Versprechen des Gläubigers, nicht zu redimieren, die Forderung nicht unabtretbar und gibt dem Schuldner an sich, wie es in den Annalen des Königl. Sächs. Oberappellationsgerichts zu Dresden[2]) heißt, keine Einrede gegen den Zessionar.

Auch im Entw. 1 zum BGB. findet sich noch die Bestimmung, daß die Übertragbarkeit einer Forderung durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden kann. Die Motive[3]) geben zwar zu, daß sich für die Bejahung der dinglichen Wirkung des Zessionsverbotes theoretische Gründe geltend machen lassen, begründen aber die Bestimmung damit, daß eine nach den allgemeinen Grundsätzen übertragbare Forderung nach der modernen Auffassung über die Verkehrsfähigkeit der Forderungen und die Sondernachfolge in dieselben gleichsam „versachenrechtlicht" erscheine und daher hinsichtlich der Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Dispositionsbeschränkung ähnlich wie eine Sache zu beurteilen sei; auch sprächen Rücksichten praktischer Natur gegen die dingliche Wirkung des Zessionsverbotes insofern, als dadurch den Schuldnern die Möglichkeit gegeben würde, ihr Vermögen den Angriffen der Gläubiger zu entziehen. Die Motive schließen sich also im wesentlichen den von Seuffert für eine nur obligatorische Wirkung des Zessionsverbotes angeführten Gründen an.

---

[1]) Pöschmann, Komm. zum BGB. für das Königreich Sachsen Bd 2: Das Recht der Forderungen S. 161.

[2]) Annalen des Königl. Sächs. Oberappellationsgerichts zu Dresden Bd. 4 S. 466.

[3]) Mot. zu dem Entwurfe eines BGB. Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse S. 122, 123.

Dagegen steht die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches[4]) wiederum auf dem Standpunkt der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts. Sie beseitigt die in den Motiven geltend gemachten Rücksichten praktischer Natur durch die Bestimmung des § 851 Abs. 2 ZPO., die später noch ausführlicher behandelt werden wird. Im übrigen erkennt die Kommission ausdrücklich an, daß der Schuldner bisweilen ein berechtigtes Interesse daran haben könne, sich nur einem bestimmten Gläubiger gegenüber zu verpflichten, so daß im Sinne des geschlossenen Vertrags die versprochene Leistung durch den Eintritt eines Zessionars eine unstatthafte Änderung erleiden würde".[5]) Auf diesem Standpunkt steht auch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst. Denn gemäß § 399 BGB. kann, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist, die Forderung nicht abgetreten werden. Da das Gesetz nichts darüber sagt, wann die Vereinbarung zwischem dem Gläubiger und dem Schuldner getroffen werden muß, so kann die Ausschließung der Abtretung sowohl bei, als auch nach der Begründung der Forderung geschehen.[6])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich also für die dingliche Wirkung des pactum de non cedendo ausgesprochen. Die schwierige und in der Literatur bisher nur kurz behandelte Frage nach der Natur dieser dinglichen Wirkung soll später erörtert werden.

Zunächst soll daher im Anschluß an den soeben besprochenen § 399 BGB. die Frage erörtert werden, ob dieser Paragraph eine Ausnahme der Vorschrift des § 137 BGB. darstellt oder in welcher Weise sich die beiden Bestimmungen in Einklang bringen lassen.

---

[4]) Prot. der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Lieferung 1 S. 384, 385.

[5]) Prot. l. c. Bd. 1 S. 384.

[6]) s. u. a.: Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, Komm. zum zweiten Buche des deutschen BGB. S. 92; ferner Fischer-Henle l. c. § 399 Anm. 2; ferner Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 352.

§ 6.

Stellt die Bestimmung des § 399 BGB. eine Ausnahme von der Vorschrift des § 137 BGB. dar?

Um die aufgeworfene Frage beantworten zu können, ist es zunächst erforderlich, kurz die Bedeutung des § 137 BGB. zu würdigen. In diesem Paragraphen wird bestimmt, daß die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Es ist also dem privaten Veräußerungsverbot ebenso wie nach späterem röm. Rechte dem pactum de non alienando die dingliche Wirkung versagt. Richtiger wäre es gewesen, wie Hölder[1]) hervorhebt, anstatt von einer Befugnis zur Verfügung über ein unveräußerliches Recht, von einer rechtlichen Möglichkeit der Verfügung zu sprechen, „weil ein Verhalten, zu dem man nicht befugt ist, zwar ein unerlaubtes, aber nicht ein unmögliches ist". Wenn auch dem „privaten" Veräußerungsverbot dingliche Wirkung nicht zukommt, so wird doch nach § 137 Satz 2 BGB. die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, durch diese Vorschrift nicht berührt. „Die Bestimmung, daß ich einem anderen die Unterlassung der Verfügung schulde, besteht zu Recht nach Maßgabe der überhaupt für die Begründung von Schuldverhältnissen geltenden Normen."[2]) Daß die Versagung der dinglichen Wirkung etwa bezweckt, die Veräußerlichkeit der Vermögensgegenstände zu begünstigen, ist nicht zutreffend.[3]) Denn dann hätte auch der Gesetzgeber konsequenterweise die Übernahme der Verpflichtung, einen Gegenstand nicht zu veräußern, nicht dulden dürfen.[4])

Es ist nunmehr die Frage zu erörtern, ob die Bestimmung des § 399 BGB. eine Ausnahme von der Vorschrift des soeben besprochenen § 137 BGB. darstellt.

---

[1]) Hölder l. c. S. 303; Komm. zum BGB. Bd. 1 Allgem. Teil.

[2]) Hölder l. c. S. 304.

[3]) Die Richtigkeit der obigen Ausführungen wird durch die Ausnahmevorschrift des § 1136 BGB. bestätigt.

[4]) Dernburg, Die allgem. Lehren des bürgerl. R. S. 371, 372.

Planck[5]) äußert sich nur dahin, daß der § 137 durch die Vorschrift des § 399 eine Modifikation erleidet. Hiermit ist der Entscheidung der Frage noch wenig gedient. Endemann[6]) meint, daß die Entscheidung der Frage von der Fassung des Vertrages abhängt. Wird in dem Vertrage die Unübertragbarkeit eines Anspruchs in der Weise vereinbart, daß das Forderungsrecht seinem Inhalte nach zu einem unveräußerlichen wird, so hat eine solche Vereinbarung derartig zwingende Bedeutung, „daß jede hiergegen verstoßende obligatorische Verpflichtung und jede dingliche Verfügung als nichtig erscheint". Ist dagegen das Forderungsrecht seinem Inhalte nach veräußerlich, die Kontrahenten schließen jedoch die Verfügung durch Vertrag aus, so hat eine solche Vereinbarung nur eine obligatorische Verpflichtung unter den Parteien zur Folge und hindert eine trotzdem erfolgte Abtretung nicht. Auf diese Weise will Endemann § 399 mit § 137 Satz 2 vereinigen. Auch Rehbein[7]) nimmt an, daß § 399 keine Ausnahme des § 137 BGB. enthält; denn durch die im § 399 getroffene Abrede werde das Schuldverhältnis individualisiert, so daß das Verlangen der Leistung an einen anderen als den Gläubiger nicht als die übernommene Leistung an den Gläubiger erscheine. Gareis[8]) legt auf den im § 137 vorkommenden Ausdruck: „veräußerliches Recht" Gewicht. Eine Forderung, deren Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen worden ist, sei jedoch unveräußerlich und falle daher nicht unter § 137.

In den Ausführungen der Mehrzahl der genannten Schriftsteller wird verkannt, in welcher Weise das Bürgerliche Gesetzbuch die dingliche Wirkung des pactum de non cedendo gestaltet hat. Da jedoch über diesen Punkt erst später ausführlich gesprochen werden wird, so sei an dieser Stelle nur kurz erwähnt, daß hier die Ansicht vertreten wird, daß die trotz des

---

[5]) Planck, BGB. Bd. 1 S. 189.

[6]) Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 868, 869.

[7]) Rehbein, Das BGB. Bd. 1 S. 177, 178; ähnlich Matthiaß, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Schuldverhältnisse S. 451.

[8]) Gareis, Komm. zum BGB., Der allgem. Teil S. 169.

pactum de non cedendo vorgenommene Zession keineswegs schlechthin nichtig, sondern nur dem Schuldner gegenüber unwirksam ist. Auch das pactum de non cedendo stellt, wie später des näheren dargetan werden wird, ein nur relativ wirksames Verfügungsverbot im Sinne der §§ 135 bis 137 dar. Die Vorschrift des § 399 BGB. weicht also nur insoweit von der Bestimmung des § 137 BGB. ab, als nach § 399 die trotz des vertragsmäßigen Zessionsverbotes vorgenommene Abtretung dem Schuldner gegenüber allerdings unwirksam ist. Bezüglich dieser Abweichung ist jedoch mit Hölder[9]) anzunehmen, daß „die Geltung jeder allgemeinen Norm eine subsidiäre ist im Verhältnisse zu den besonderen, für bestimmte Teile ihres Geltungsgebietes Besonderes bestimmenden Normen".

Auch jetzt soll noch nicht die Frage nach der Natur der dinglichen Wirkung des pactum de non cedendo, sondern zuvor noch die Vorschriften, die eine Abweichung von der Bestimmung des § 399 enthalten, behandelt werden. Denn gerade bei Erörterung der erwähnten Grundfrage wird mehrfach auf die Ausnahmevorschriften zurückzukommen sein, so daß es zweckmäßig erscheint, wenn diese alsdann bereits des näheren besprochen sind.

Unter den Ausnahmevorschriften kommt vor allem die Bestimmung des § 405 BGB. in Betracht, welche schon zu mehreren Kontroversen Anlaß gegeben hat.

§ 7.

Die obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo im Falle des § 405 BGB.

Der im § 405 zunächst behandelte Fall, daß der Schuldner dem Gläubiger gegenüber unter gewissen Voraussetzungen sich nicht darauf berufen kann, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt sei, hat hier auszuscheiden. Hier ist nur der Einwand zu betrachten, daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen

[9]) Hölder l. c. S. 304.

Gläubiger ausgeschlossen ist. Beide Einwendungen enthalten zugunsten des neuen Gläubigers eine Ausnahme von der Vorschrift des § 404.

Zuerst fragt es sich, welches die Voraussetzungen für den Ausschluß der Einwendungen des vertragsmäßigen Zessionsverbotes sind.

Zunächst muß der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt haben. Ebenso kann dies auch ein dazu befugter Vertreter tun. Wenn es auch unerheblich ist, ob die Schuldurkunde für die Gültigkeit der Forderung wesentlich ist oder nicht, so muß sie doch die sogen. essentialia negotii enthalten, weil sie sonst nicht eine Urkunde „über die Schuld" darstellt.[1])

Ferner muß die Abtretung unter Vorlegung der Urkunde erfolgen. Es muß also dem Zessionar bei Abschluß des Abtretungsvertrages von dem Bestehen der Schuldurkunde Kenntnis und gleichzeitig außerdem Gelegenheit zur Einsicht in die Urkunde gegeben sein.[2]) Es genügt nicht, daß der ursprüngliche Gläubiger dem neuen Gläubiger von einer Urkunde erzählt oder ihm eine beglaubigte Abschrift vorlegt. „In allen diesen Fällen liegt wieder nur ein persönliches Vertrauen vor. Das Gesetz aber fordert ein der Urkunde geschenktes."[3]) Dagegen ist eine Aushändigung der Urkunde an den neuen Gläubiger nicht erforderlich. Allerdings dürfte es nicht zutreffend sein, wie Planck[4]) dies in strenger Anlehnung an den Wortlaut des § 405 tut, eine etwa in früherer Zeit oder nach der Abtretung erfolgte Vorlegung grundsätzlich für nicht genügend zu erklären. Zwar dürfte die Annahme Rehbeins[5]) nicht richtig sein, daß die Vorschrift des § 405 auch dann Platz greift, wenn die Schuldurkunde nachträglich vorgelegt wird, die Abtretung aber unter Bezugnahme auf die Schuldurkunde und mit Rücksicht auf

---

[1]) Schollmeyer l. c. S. 374; ferner Bonheim, Inhalt und Bedeutung des § 405 des BGB. S. 27 ff.

[2]) Schollmeyer l. c. S. 374.

[3]) Hachenburg l. c. S. 198.

[4]) Planck, BGB. Bd. 2 S. 188.

[5]) Rehbein, Das BGB. Lieferung 6 l. c. S. 401.

das Vorhandensein einer solchen geschehen ist. Wohl aber wird häufig der gutgläubige Zessionar auch dann zu schützen sein, wenn die Vorlegung bereits vor der Abtretung erfolgt ist. Es ist dies quaestio facti und wird davon abhängen, ob zwischen der Vorlegung und der Abtretung ein so großer Zeitraum verstrichen ist, daß der neue Gläubiger nicht mehr mit Sicherheit annehmen konnte, eine Änderung des Inhaltes der Urkunde sei nicht erfolgt.[6])

Ein drittes Erfordernis ist, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung das Zessionsverbot weder kannte noch kennen mußte. Es wird also guter Glaube in dem soeben bezeichneten Sinne seitens des Zessionars verlangt. Dieser muß im Augenblicke des Übergangs der Forderung, also im Moment der Willenseinigung der Parteien, vorhanden sein. „Auf die Übergabe des Schuldscheins kommt es hier nicht an. Sie ist zum Erwerben des Rechts an die Forderung nicht vorausgesetzt.[7]) Hachenburg behandelt den § 405 im Zusammenhang mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, welche den Schutz des guten Glaubens bezwecken. Im allgemeinen begegnet man derartigen Vorschriften nur im Sachenrecht; nur in wenigen Fällen wird auch im Obligationenrecht der gute Glaube geschützt. Wenn Hachenburg für alle diese Vorschriften einen einheitlichen Grundgedanken annimmt, so nennt Eck[8]) mit Recht eine solche Annahme „irreführend"; er will hiermit, wie Leonhard[9]) das Wort „irreführend" deutet, vor einer entsprechenden Anwendung der genannten Vorschriften in ähnlichen Fällen warnen. „Es sind Ausnahmebestimmungen, die ein gemeinsames Kennzeichen[10])

---

[6]) Goldmann-Lilienthal, Das BGB. Bd. 1 S. 442; Bonheim l. c. S. 31, 32.

[7]) Hachenburg l. c. S. 198.

[8]) Eck l. c. S. 196.

[9]) Eck-(Leonhard) l. c. S. 196 Anm. 1.

[10]) Dieses gemeinsame Kennzeichen liegt darin, daß in den Fällen des gutgläubigen Erwerbes einer Rechtsstellung sozusagen dem Gegner des Gutgläubigen eine Verfügungsgewalt zugestanden wird, die er nach objektiven Normen nicht hätte. Das Gesetz selbst drückt dies zutreffend in der Wendung aus, daß die gesamten Vorschriften des gutgläubigen Erwerbes solche sind, nach denen Rechte von Nichtberechtigten hergeleitet

haben, nicht Anwendungen einer durchgreifenden Regel.“ Den Irrtum, vor dem Eck warnt, begeht Hachenburg selbst dann auch, wie später noch genauer erörtert werden wird, bei der Interpretation des § 405. Er übersieht dabei, daß es sich nur um eine Ausnahmevorschrift handelt. Dagegen ist der Annahme Hachenburgs zuzustimmen, daß, wenn auch nach § 405 nicht nur grobe, sondern jedwede Fahrlässigkeit den Ausschluß des redlichen Erwerbes bewirkt, doch in der Regel ein unverdächtig aussehender Schuldschein zu keiner weiteren Nachforschung verpflichtet. Die Umstände ergeben, ob eine Pflicht zur Prüfung oder zum Beachten besonderer Momente vorhanden war.[11])

Was die Beweislast bezüglich der besprochenen Voraussetzungen betrifft, so hat der neue Gläubiger zu beweisen, daß eine Urkunde über die Schuld ausgestellt und die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten ist. Sache des Schuldners dagegen ist es, zu beweisen — es geht diese Beweisregelung aus den Worten, „es sei denn daß“ hervor —, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte.

Sind alle die erwähnten Voraussetzungen gegeben, so hat das vertragsmäßige Zessionsverbot ausnahmsweise nur obligatorische Wirkung. Die trotz des pactum de non cedendo vorgenommene Zession ist gültig und der Schuldner kann sich dem neuen Gläubiger gegenüber auf den Einwand der vertragsmäßigen Unabtretbarkeit nicht berufen.

Auch im § 405 ist kein Unterschied gemacht, ob, wie dies Attenhofer für das schweizerische Obligationenrecht tut, die Vereinbarung bereits bei Ausstellung der Urkunde oder erst später getroffen worden ist. Ratsam ist es, wenn der Schuldner dafür sorgt, daß das Zessionsverbot in der Urkunde vermerkt wird.

---

werden. Diese Wendung ist in den heutigen Rechtssystemen eine ständig wiederkehrende (§§ 135 Abs. 2, 161 Abs. 3, 2113 Abs. 3, 2211 Abs. 2 BGB. — 366 HGB. — 323 Abs. 2, 898 ZPO.).

[11]) Hachenburg l. c. S. 198.

Es sind nunmehr zwei Streitfragen zu erörtern, die im Anschluß an die Vorschrift des § 405 BGB. entstanden sind. Die erste Frage ist die, welche Stellung etwaige Weiterzessionare unter den Voraussetzungen des § 405 einnehmen.

Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden.

Zunächst ist es denkbar, daß, während der erste Zessionar gutgläubig, und auch die Abtretung der Forderung an ihn unter Vorlegung einer über die Schuld ausgestellten Urkunde erfolgt war, einem weiteren Zessionar die Schuldurkunde bei der Abtretung nicht vorgelegt worden ist, oder daß er das pactum de non cedendo gekannt hat oder wenigstens hätte kennen müssen. Es fragt sich, ob ein solcher späterer Zessionar die Schutzvorschrift des § 405 für sich in Anspruch nehmen kann. In den Protokollen[12]) wird diese Frage bejaht, da der spätere Zessionar in die Rechtsstellung des gutgläubigen Erwerbers eintrete. Immerhin sind Protokolle regelmäßig nur mit Vorsicht zu verwerten. Das Entscheidende ist das Gesetz selbst. Dem in den Protokollen angeführten Grunde schließt sich Meisner[13]) an. Planck[14]) ist der Ansicht, daß auch, wenn der spätere Zessionar bösgläubig ist, doch dieser Mangel durch die erste Abtretung definitiv geheilt ist. Auch Hachenburg,[15]) der, wie bereits erwähnt, stets für eine möglichst große Ausdehnung der zum Schutze des guten Glaubens erlassenen Vorschriften eintritt, betont, daß der zweite Zessionar in die Rechtsstellung des gutgläubigen Erwerbers eintritt. Ferner ist auch Oertmann[16]) der Ansicht, daß, nachdem die Forderung in der Person des gutgläubigen ersten Zessionars gültig entstanden ist, auf den weiteren Erwerb der vollwirksam entstandenen Forderung die Kenntnis des neuen Gläubigers von dem ursprünglichen, nunmehr geheilten Entstehungsmangel keinen Einfluß mehr ausüben

---

[12]) Prot. der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 1 S. 391.

[13]) Meisner l. c. S. 95.

[14]) Planck l. c. Bd. 2 § 405 S. 188.

[15]) Hachenburg l. c. S. 197.

[16]) Oertmann, Komm. z. BGB., Das Recht der Schuldverhältnisse S. 276, 277.

kann; wolle man hingegen einwenden, die Forderung sei überhaupt nicht entstanden, so sei das unzutreffend; wenn § 405 die genannten Einwendungen abschneide, so heiße das in der Sache, daß die fraglichen Entstehungsmängel als geheilt angesehen werden sollen. Der gleichen Meinung ist schließlich auch Eck,[17]) obwohl er bereits mit Recht eine der unhaltbaren Folgen dieser Ansicht hervorhebt, daß nämlich durch Zwischenschiebung eines Strohmannes somit dem Schuldner die Einrede des pactum de non cedendo ganz genommen werden kann.

Gegen die bisher ausgeführte Meinung sprechen jedoch mannigfaltige Gründe. Es haben sich denn auch mehrere Schriftsteller auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. So bemerkt Fischer-Henle,[18]) daß der Mangel durch die erste Abtretung an den gutgläubigen Gläubiger nicht geheilt ist. Kuhlenbeck[19]) hebt zu der Streitfrage insbesondere hervor, daß die Ausführung der Protokolle auf die gegenwärtige Fassung des § 405 nicht zutrifft, weil die Worte „und seinen Rechtsnachfolgern“ in das Gesetz nicht aufgenommen worden sind. Derselben Ansicht ist Dernburg,[20]) wenn er betont, daß bei jedem folgenden Zessionar die Voraussetzungen des § 405 zu prüfen sind. Zu demselben Ergebnis kommt Crome,[21]) der die Geltendmachung des Einwands gegenüber dem weiteren Zessionar von dessen persönlichem guten oder schlechten Glauben abhängig macht.

Einer der wesentlichsten Gründe ist der, daß es sich, wie bereits hervorgehoben, im § 405 nur um eine Ausnahmevorschrift handelt, zu deren Ausdehnung daher keine Berechtigung vorliegt.[22]) Wenn die Gegner und insbesondere die Motive anführen, daß der spätere Zessionar in die Rechtsstellung des gutgläubigen

[17]) Eck l. c. S. 396. Eck spricht allerdings nur von der „Einrede der Simulation“.

[18]) Fischer-Henle l. c. § 405 Anm. 3 S. 205.

[19]) Staudinger-Kuhlenbeck, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse. S. 286.

[20]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 363.

[21]) Crome, System des deutschen bürgerl. R. Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse S. 339.

[22]) Leonhard-Eck l. c. S. 396 Anm. 3.

Erwerbers eintrete, so mag demgegenüber, wenn auch eine gewisse Fraglichkeit der folgenden Ausführung nicht bestritten werden soll, doch betont werden, daß es sich hier, wo der Schuldner einwendet, dem späteren Zessionar sei die Schuldurkunde nicht vorgelegt worden, oder der spätere Zessionar habe die vertragsmäßige Unabtretbarkeit der Forderung gekannt, oder hätte sie wenigstens kennen müssen, um eine gegen den späteren Zessionar selbst begründete Einwendung handelt.[23]) Hierüber wird an einer späteren Stelle noch ausführlicher zu sprechen sein.

Ferner ist zu beachten, daß der Zweck der Vorschrift des § 405 ist, nur den gutgläubigen Zessionar zu schützen.[24]) Der charakteristische Unterschied der im Obligationenrechte sich findenden Sätze über den gutgläubigen Erwerb von den im Sachenrecht vorkommenden liegt darin, daß die gutgläubig erworbene obligatorische Rechtsstellung wie das Rechtsband der Obligation selbst auf die individuell bestimmten Personen eines gewissen Gläubigers und eines gewissen Schuldners beschränkt bleibt, während der gutgläubige Erwerber einer dinglichen Rechtsstellung die letztere in ihrer gesamten absoluten Verfügungsgewalt erlangt, so daß dritte Personen von ihm als dem einzig Berechtigten ihre Rechte wiederum ableiten. Wer z. B. einen Wechsel in Kenntnis irgend eines Mangels des der Begebung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts, wie des Wuchers oder Spieles, erwirbt, wird sich — so dürfte wohl richtigerweise diese allerdings nicht zweifellose Frage zu entscheiden sein — von dem Bewucherten, von dem Spieler die Einrede des Art. 82 der Wechselordnung entgegenhalten lassen müssen, ohne Rücksicht darauf, ob auch sein Indossatar die Einrede hätte hinnehmen müssen. Wer dagegen eine der Forderung entbehrende Hypothek in Kenntnis dieses Mangels von einem Vordermann erwirbt, der seinerseits den Mangel bei dem Erwerbe der Hypothek nicht kannte, oder wer damit gestohlenes Geld in Kenntnis des Diebstahls von dem gutgläubigen Vordermann erwirbt, der selbst

---

[23]) Schollmeyer l. c. S. 375.

[24]) Küchen, Das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und neuem Gläubiger bei Übertragung der Forderung S. 88.

ahnungslos von dem Diebe das Geld erhielt, der erlangt im ersten Falle die vollkommene Hypothek und im zweiten Falle das vollkommene Eigentum.

Alle diese Vorschriften verletzen den von jeder Rechtsordnung anzuerkennenden Satz, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat. Dieser Satz gilt logisch für alle Rechtssysteme, da er nichts anderes als der juristische Ausdruck für den allgemeinen Grundsatz des menschlichen Denkens — ex nihilo nihil fit — ist. Als Ausnahmevorschriften sind sie also alle auch einschränkend auszulegen.

Nach alledem, insbesondere unter Berücksichtigung, daß es sich auch im § 405 BGB. nur um eine Ausnahmevorschrift handelt, ist wohl richtigerweise anzunehmen, daß, wenn auch der erste Zessionar gutgläubig und die Abtretung der Forderung an ihn unter Vorlegung einer über die Schuld ausgestellten Urkunde erfolgt war, trotzdem ein weiterer Zessionar, dem entweder bei der Abtretung die Schuldurkunde nicht vorgelegt worden ist, oder der das pactum de non cedendo gekannt hat, oder wenigstens hätte kennen müssen, die Schutzvorschrift des § 405 nicht für sich in Anspruch nehmen kann; immerhin soll, wie bereits in den bisherigen Ausführungen angedeutet worden ist, eine gewisse Zweifelhaftigkeit der obigen Entscheidung nicht geleugnet werden.

Weit einfacher gestaltet sich ein zweiter denkbarer Fall, daß nämlich ein bösgläubiger Zessionar oder ein solcher, dem die Schuldurkunde bei der Abtretung nicht vorgelegt worden ist, die Forderung an einen weiteren Zessionar abtritt, welcher sowohl die Schuldurkunde bei der Abtretung vorgelegt erhält, als auch das vereinbarte Zessionsverbot weder kennt, noch kennen muß. In diesem Falle stimmen alle Schriftsteller, so Oertmann[25]) Schollmeyer,[26]) Crome,[27]) Kuhlenbeck[28]) und Dernburg[29]) darin überein, daß für den weiteren Zessionar

[25]) Oertmann l. c. S. 276.
[26]) Schollmeyer l. c. S. 375.
[27]) Crome l. c. S. 339.
[28]) Kuhlenbeck-Staudinger l. c. S. 286.
[29]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 363.

die Schutzvorschrift des § 405 Anwendung findet und ihm gegenüber der Einwand des pactum de non cedendo ausgeschlossen ist. Denn es könnte sonst der Zweck der Bestimmung des § 405 durch Einschiebung eines Bösgläubigen stets vereitelt werden.

Wenn Crome[30]) bei Erörterung der beiden soeben besprochenen Fälle hervorhebt, daß „nur die Konstruktion des Textes mit dem System der Schutzvorschrift überall in Einklang bleibt und weder von den Motiven, noch von den verschiedenen Schriftstellern die in Betracht kommenden Fragen gleichmäßig beantwortet werden", so trifft dieser Vorwurf Dernburg, Kuhlenbeck-Staudinger und in erster Reihe Schollmeyer nicht. Insbesondere ist ein Unterschied zwischen den Ausführungen Schollmeyers, dessen Kommentar bereits 1900 erschienen ist, und denen Cromes, dessen Lehrbuch erst von 1902 herrührt, nicht ersichtlich.

Noch eine zweite Streitfrage knüpft sich an § 405. Es fragt sich nämlich, ob außer den beiden Einwendungen des § 405 noch andere Einwendungen ausgeschlossen sind.

Kuhlenbeck[31]) nimmt auch für das Bürgerliche Gesetzbuch an, daß dem Schuldner bei Zession verbriefter Forderungen auch alle Einwendungen zu versagen seien, die nach der Entstehung der Forderung auf diese getroffen worden sind und die in der Schuldurkunde nicht vermerkt wurden und dem Erwerber unbekannt geblieben sind. Demnach sollten nur Einwendungen, welche die Entstehung der Forderung bemängeln, oder welche sich aus dem Inhalt der Schuldurkunde selbst ergeben oder welche sich auf Rechtsnormen stützen, die dem Schuldner ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers zur Seite stehen, dem Zessionar entgegengehalten werden können. Es müsse dies analog aus dem im § 405 anerkannten Prinzip gefolgert werden, da der § 405 nicht singulär sei. Auch Hachenburg[32]) nimmt an, daß, wenn auch Einwendungen aus einem Mangel im Rechtsgeschäft, Einwendungen auf Grund von Erlöschungstatsachen

[30]) Crome l. c. S. 339/40.

[31]) Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. Teil 2 S. 159.

[32]) Hachenburg l. c. S. 199.

nicht durch § 405 ausgeschlossen sind, so doch für die Abrede, der Schuldner solle mehrere Jahre Frist haben, er solle nur bezahlen, wenn er selbst den entsprechenden Betrag von einem Dritten erhalte usw., die nicht in dem Schuldschein stände, das gleiche wie für das pactum de non cedendo zu gelten habe.

Beide Schriftsteller übersehen dabei, daß es sich im § 405, wie soeben des näheren ausgeführt worden ist, nur um eine Ausnahmevorschrift handelt, die daher über ihren Fall nicht ausgedehnt werden darf. Alle übrigen Schriftsteller wenden sich denn auch gegen diese Ansicht Hachenburgs und Kuhlenbecks, so Scherer,[33]) Staudinger,[34]) Oertmann[35]) und Eck.[36]) Die Ausstellung der Urkunde kann nicht die Annahme rechtfertigen, daß von Anfang an mündliche Nebenabreden nicht stattgefunden haben und keine Änderung des vereinbarten Rechtsverhältnisses verabredet wurde, keine Tilgung der vereinbarten Schuld erfolgt ist, ohne auf der Urkunde ersichtlich gemacht zu werden.[37]) Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch, das überall auf den Schutz des Schuldners als des wirtschaftlich Schwächeren bedacht ist, von diesem Prinzip im § 405 bezüglich zweier Einwendungen zugunsten des Zessionars eine Ausnahme macht, so geschieht dies nur, weil den Schuldner wegen seiner besonderen Unvorsichtigkeit ein Verschulden trifft.[38]) Der Einwand allerdings, daß bei Errichtung der Schuldurkunde absichtlich ein in der Urkunde normierter Punkt mündlich anders verabredet sei, ist unzulässig, da bezüglich dieses Punktes Simulation vorliegen, also die zunächst im § 405 erwähnte Einwendung gegeben sein würde.[39]) Ist dagegen die der Urkunde widersprechende Abrede erst nach Errichtung der Schuldurkunde getroffen, so fällt auch diese Beschränkung fort, da die nachträgliche Abänderung eines Geschäftes dieses nicht zum Scheingeschäft macht.[40])

[33]) Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des BGB. S. 343.
[34]) Staudinger-Kuhlenbeck l. c. S. 286.
[35]) Oertmann l. c. S. 276.
[36]) Eck l. c. S. 395/96.
[37]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 363.
[38]) Leonhard-Eck l. c. S. 396 Anm. 1.
[39]) Schollmeyer l. c. S. 376.
[40]) Cosack, Lehrb. des deutsch. bürgerl. R. Bd. 1 S. 392.

Die Erörterung des § 405 zeigt: Wenn auch der Gesetzgeber bemüht gewesen ist, das pactum de non cedendo möglichst eingehend zu behandeln und die in der Literatur umstrittenen Fragen zu entscheiden, so ergibt sich trotzdem auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch manche Streitfrage, und insbesondere ist die schon im gemeinen Recht so viel erörterte Frage, ob das pactum de non cedendo dingliche oder obligatorische Wirkung hat, bei den Voraussetzungen des § 405 bezüglich eines bösgläubigen Weiterzessionars, der die Forderung von einem gutgläubigen ersten Zessionar erwirbt, auch jetzt noch bestritten.

§ 8.

Die obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo infolge des Schutzes des guten Glaubens im Grundbuchrechte.

Im § 405 BGB. hat der Gesetzgeber ausnahmsweise dem pactum de non cedendo die dingliche Wirkung versagt. Auch noch durch andere Vorschriften wird die dingliche Wirkung des § 399 nicht unerheblich abgeschwächt. So ist es vor allem der öffentliche Glaube des Grundbuchs, der eine derartige Abschwächung verlangt. Während § 405 BGB. sowie § 851 ZPO. in den Kommentaren und Lehrbüchern zum Recht der Schuldverhältnisse gewöhnlich bei Besprechung des § 399 BGB. als Ausnahmen angeführt werden, wird die Vorschrift des § 892 BGB. merkwürdigerweise hier nirgends erwähnt. Trotzdem gehört auch sie in diesen Zusammenhang; denn auch sie ist für die Wirkung des pactum de non cedendo von erheblicher Bedeutung und bedarf daher hier der Erörterung.

Es fragt sich zunächst, ob das vertragsmäßige Zessionsverbot des § 399 BGB. eintragungsfähig ist. Es liegt nicht in der Macht der Parteien, zu veranlassen, daß jedwede von ihnen gewünschte Eintragung im Grundbuche erfolgt. Es hängt dies damit zusammen, daß im Sachenrecht nicht, wie dies im Obligationenrecht der Fall ist, der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt, daß daher die Beteiligten an einem Grundstücke nur solche Rechte mit dinglicher Wirkung begründen können, deren Be-

gründung das Gesetz zuläßt. Der Grundbuchrichter darf daher nur vom Gesetz gestattete Eintragungen vornehmen. Als zulässig sind beim Vorliegen der in der Grundbuchordnung festgesetzten allgemeinen Voraussetzungen alle diejenigen Eintragungen zu erachten, mit denen nach dem materiellen Grundbuchrechte dingliche Rechtswirkungen verknüpft sind. Nicht eintragungsfähig sind daher rein obligatorische Ansprüche und Rechtsbeziehungen.[1]) Nicht richtig ist es, daß aus § 892 BGB. auf die Zulässigkeit der Eintragung jedweder Verfügungsbeschränkung geschlossen werden kann.[2]) Ebenso wäre es unzutreffend, zu behaupten, daß § 892 BGB. mit der Vorschrift des § 137 in Widerspruch stände, da es sogen. Ausnahmebestimmungen von der Vorschrift des § 137 gibt, und für diese eben § 892 Anwendung findet. Dagegen scheidet § 137 allerdings aus. Da, wie bereits hervorgehoben ist, obligatorische Ansprüche nicht eintragungsfähig sind, so kann auch das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nicht zu einer Eintragung in das Grundbuch führen, selbst wenn der von ihm Betroffene die Eintragung bewilligt und beantragt hat. Eine derartige Eintragung würde auch erfolglos sein; da nämlich das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nicht dinglich wirksam ist, so kann sich der durch dasselbe Begünstigte nicht darauf berufen,[3]) mag das Verbot eingetragen und demnach aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt gewesen sein.[4]) In der Rechtsprechung wird denn auch allgemein[5]) die Eintragung eines rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbotes abgelehnt. Ist trotz-

---

[1]) Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB. S. 43/44.

[2]) Jahrb. für Entsch. d. KG. Bd. 21 A S. 135.

[3]) Praktisch besonders wichtig ist dies für die letztwilligen Veräußerungsverbote. Legt der Testator dem Erben auf, daß dieser ein Nachlaßgrundstück nicht veräußere, so hat diese Anordnung nur die obligatorische Bindung des Erben im Sinne des § 137 Satz 2 zur Folge. Um sie durchzuführen, muß der Erblasser also dafür sorgen, daß Personen vorhanden sind, welche den Erben zur Erfüllung anhalten, so z. B. also ein Testamentsvollstrecker.

[4]) Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht S. 211.

[5]) Jahrb. f. Entsch. d. KG. Bd. 21 A. S. 133 ff.; die Rechtspr. der OLG. auf dem Gebiete des Zivilrechts, Mugdan-Falkmann Bd. 2 S. 226.

dem ein derartiges Veräußerungsverbot eingetragen worden, so ist es demnach von Amts wegen nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. zu löschen. Da allerdings nach §§ 883 ff. der Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte durch Eintragung einer Vormerkung gegen damit in Widerspruch tretende Veräußerungen und Belastungen gesichert werden kann, so ist die Eintragung eines rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbotes mit Wirkung möglich, soweit dadurch für eine bestimmte Person ein Anspruch auf ein eintragungsfähiges Recht am Grundstück oder an einem dasselbe belastenden Rechte durch Vormerkung gesichert werden kann. Ferner ist es denkbar, daß eine Verpflichtung aus § 137 als Vorkaufsrecht eintragungsfähig ist. Schließlich kann auch ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot dadurch eintragungsfähig werden, daß es bei drohender Verletzung der obligatorischen Verpflichtung durch einstweilige Verfügung zu einem richterlichen Veräußerungsverbot gemacht wird.[6])

Ebenso wie das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nicht eingetragen werden kann, ist auch eine Vereinbarung nicht eintragungsfähig, kraft deren der Gläubiger einer Forderung einem Dritten gegenüber sich verpflichtet, die Forderung — man denke an eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld — nicht zu veräußern oder zu belasten.

Zu einem anderen Resultate jedoch gelangt man, wenn es sich um ein wirkliches pactum de non cedendo handelt. Ein solches Abkommen läßt sich auch im Gebiete des Sachenrechts sehr wohl denken. Insbesondere wird in dem Falle, daß eine Hypothek nur als Kaution bestellt werden soll, der Eigentümer ein Interesse daran haben, daß die Abtretung der Forderung ausgeschlossen wird, und der Eigentümer wird daher mit dem Gläubiger die Unveräußerlichkeit der Hypothekforderungen vereinbaren. Eine derartige Vereinbarung ist, wie allgemein[7]) an-

[6]) Die Rechtspr. der OLG. auf dem Gebiete des Zivilrechts Bd. 11 S. 12; ferner ebenda Bd. 2 S. 226; Turnau-Förster l. c. S. 211.

[7]) Fuchs, Grundbuchrecht S. 169; Biermann, Komm. zum BGB., Das Sachenrecht S. 80, 81; Predari, Die Grundbuchordnung S. 191;

genommen wird, eintragungsfähig. Handelt es sich um die Vereinbarung der Unveräußerlichkeit einer Hypothekenforderung, so kommt die Vorschrift des § 1138 in Betracht, wonach die Vorschriften der §§ 891—899 für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden gelten; es gilt also auch § 892. Handelt es sich um die Vereinbarung der Unveräußerlichkeit einer Grundschuld oder einer Rentenschuld, so findet § 413 Anwendung. Es ergibt sich daher, daß, wenn die Unveräußerlichkeit einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld zwischen dem Eigentümer uud dem Gläubiger vereinbart ist, und wenn der Gläubiger die Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld an einen Dritten abtritt, daß der Erwerb seitens des Dritten gegenüber dem Eigentümer unwirksam ist, wenn das Veräußerungsverbot eingetragen oder dem Dritten bekannt war (§§ 892, 1157 BGB.). Eine einseitige Eintragungsbewilligung eines der Beteiligten, oder ein einseitiges Rechtsgeschäft, namentlich eine letztwillige Verfügung kann die in dem pactum de non cedendo vorgesehene Verfügungsbeschränkung nach materiellem Recht nicht hervorbringen. Zwar würde der Grundbuchrichter gemäß §§ 19, 40 GBO. auf die einseitige Bewilligung des Eigentümers bei der Eintragung einer Hypothek auch das in der Bewilligung etwa erwähnte pactum de non cedendo im Grundbuche mit vermerken, da er das Vorhandensein der materiellen Rechtsgeschäfte nicht zu prüfen hat; doch würde die Eintragung des pactum de non cedendo das Grundbuch zu einem unrichtigen machen, wenn es an dem Vertrage des § 399 fehlt.

Die wesentliche Bedeutung des § 892 BGB. für das pactum de non cedendo bezüglich Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden besteht also darin, daß das Verbot, wenn es weder im Grundbuche eingetragen noch dem Dritten bekannt ist, dem dritten Erwerber gegenüber unwirksam ist.

Allerdings ist die hier vertretene Ansicht, wenigstens teilweise, nicht unbestritten. Einzelne Schriftsteller nehmen nämlich

---

Kretzschmar l. c. S. 116; Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht Bd. 1 S. 313.

an, daß § 892 keine Anwendung findet. Man beruft sich vor allem auf die Ausführungen in den Protokollen. Hier[8]) heißt es: „Die Parteien könnten allerdings durch besondere Verabredung die Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung ausschließen oder durch eine nachträgliche Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses die Forderung zu einer unübertragbaren machen. Durch eine solche Vereinbarung erleide der Inhalt des Forderungsrechtes eine Änderung; dasselbe werde aus einem veräußerlichen Rechte in ein unveräußerliches umgewandelt." Dieser Ansicht schließen sich Turnau-Förster[9]) und Maenner[10]) an. Als Folge dieser Meinung ergäbe sich, daß die Bestimmung des § 892 nicht Platz greifen würde. Die Vereinbarung würde vielmehr, da in ihr eine Änderung des Inhaltes des Rechtes zu erblicken wäre und nach § 877 auf Änderungen des Inhalts eines Rechts an einem Grundstücke die Vorschrift des § 873 Anwendung finden würde, dem Eintragungs- und Konsensprinzip des § 873 unterstehen.

Gegen diese Ansicht[11]) wendet sich die herrschende Meinung[12]) mit Recht, indem sie betont, daß es sich bei jener Vereinbarung nicht um eine Änderung des Inhalts des Rechts, sondern um eine Verfügungsbeschränkung handelt. Die schwierige und konsequenzenreiche Frage, welche die vielleicht bedeutungsvollste für das pactum de non cedendo ist, soll erst später eingehender behandelt werden, wenn es gilt, die eigentliche Natur der dinglichen Wirkung des pactum de non cedendo genauer zu untersuchen. Hier soll nur noch einmal hervorgehoben werden, daß die herrschende Meinung wenigstens derjenigen Schriftsteller, die in Lehrbüchern und Kommentaren zum Sachenrecht über das pactum de non cedendo sich äußern, dahin geht, daß in einer derartigen Vereinbarung eine Verfügungsbeschränkung, nicht aber die Änderung des Inhalts des Rechts zu erblicken ist.

---

[8]) Prot. l. c. Bd. 3 S. 257.

[9]) Turnau-Förster l. c. S. 212.

[10]) Maenner, Das Sachenrecht nach dem BGB. S. 48.

[11]) Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 2 S. 776.

[12]) Predari l. c. S. 191; Oberneck l. c. S. 313.

§ 9.

Die obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo nach der Vorschrift des § 851 ZPO.

Eine weitere erhebliche Abschwächung erleidet die Vorschrift des § 399 BGB. durch die Bestimmung des § 851 ZPO. Da die Pfändung zu einer Veräußerung der Forderung führt, so ergibt sich daraus, daß eine nach bürgerlichem Rechte nicht übertragbare Forderung nicht gepfändet werden kann. Zwar war früher in der ZPO. nicht Ausdrückliches bestimmt und die Frage daher nicht unbestritten. Die herrschende Meinung[1]) nahm jedoch auch schon nach bisherigem Rechte an, daß unübertragbare Forderungen nicht gepfändet werden könnten. Man betonte, daß durch § 749 die gesetzlichen Bestimmungen betreffend die Übertragbarkeit der Forderungen auf dritte Personen unberührt blieben, daß nur eine solche Forderung gepfändet werden könne, an welcher der Schuldner selbst oder sein gesetzlicher Vertreter mit rechtlicher Wirksamkeit ein Pfandrecht zu bestellen vermöge; man lehnte es ab, mittels argumentum e contrario, den § 749 dahin zu deuten, daß alle in diesem Paragraphen nicht aufgeführten Forderungen, auch wenn sie nicht dem Verfügungsrecht des Schuldners unterlägen, der Zwangsvollstreckung unbedingt unterworfen seien, indem man richtig hervorhob, daß § 749 an sich die freie Verfügungsfähigkeit des Schuldners über die Forderung voraussetze.

Im § 851 ZPO. ist nunmehr ausdrücklich bestimmt, daß eine Forderung in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen ist, als sie übertragbar ist. In der Begründung[2]) wird zu dieser Bestimmung angeführt, daß, wo die Übertragbarkeit der Forderung gesetzlich ausgeschlossen sei, es auch nicht statthaft sein dürfe, den Zweck des Gesetzes mit Hilfe der Pfändung zu vereiteln.

---

[1]) Petersen, Die ZPO. für das Deutsche Reich S. 825; v. Wilmowski-Levy, ZPO. Bd. 2 S. 1079; Gaupp-Stein, Die ZPO. Bd. 2 S. 627.

[2]) Begründung S. 602; Stenogr. Ber. über die Verhandlungen des Reichstages 9. Legislaturperiode 5. Session 1897/98.

Eine Ausnahme dieser Regel bestimmt die Zivilprozeßordnung für die beiden Fälle des § 399 BGB., wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhalts der Forderung erfolgen kann, sowie zweitens im Falle des pactum de non cedendo. In diesen beiden Fällen soll die Forderung nach § 851 II ZPO. insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden können, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Geldforderungen sind daher ohne Rücksicht auf das pactum de non cedendo pfändbar, z. B. eine Forderung auf Zahlung einer Versicherungssumme, weil diese selbst gepfändet werden kann; anders würde es dagegen bei Forderungen auf unentbehrliche Kleidungsstücke, Betten, Wäsche, Haus- und Küchengeräte sein, da der Gegenstand dieser Ansprüche nach § 811 ZPO. unpfändbar ist. Wenn in der Begründung ausgeführt wird, daß das berechtigte Interesse, welches in den beiden Fällen des § 399 BGB. der Schuldner daran hat, nur dem ursprünglichen Gläubiger zu haften, nicht verletzt wird, wenn die Pfändung der Forderung lediglich behufs Überweisung zur Einziehung erfolgt, so treffen diese Ausführungen in erster Reihe nur für das pactum de non cedendo zu; es fehlt auch für den ersten im § 399 BGB. erwähnten Fall an jeder praktischen Bedeutung, weil der Gegenstand der Leistung, dessen Inhalt durch den Eintritt eines neuen Gläubigers verändert wird, regelmäßig unpfändbar sein wird.[3])

Der Zweck der Vorschrift des § 851 II ZPO. bezüglich des pactum de non cedendo ist der, daß der Schuldner nicht durch vertragsmäßige Ausschließung der Übertragbarkeit die ihm zustehenden Forderungen dem Zugriffe seiner Gläubiger entzieht. Denn sonst würde es in der Macht der Vertragschließenden liegen, durch Vereinbarung eines pactum de non cedendo dem Gläubiger alle Vorteile aus seinen Forderungen, eine feste Rente usw. zu sichern und dem Zugriff der Vollstreckungsgläubiger zu entziehen.[4]) An eine derartige Mög-

[3]) Gaupp-Stein l. c. S. 628; Seuffert, Komm. z. ZPO. Bd 2 S. 531

[4]) Begründung l. c. S. 602; Endemann, Lehrb des bürgerl. R. Bd. 1 S. 868.

lichkeit hatte man bereits im gemeinen Recht gedacht, und gerade infolge dieser sich ergebenden Konsequenz die nur obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo verlangt. Die Motive lehnen daher auch infolge dieses Bedenkens die dingliche Wirkung des vertragsmäßigen Zessionsverbotes ab, erst die Protokolle[5]), die wiederum für die dingliche Wirkung des pactum de non cedendo eintreten, beseitigen das berechtigte Bedenken der Motive durch die Vorschrift des § 851 Abs. 2 ZPO. In dieser Bestimmung liegt eine Durchbrechung des Prinzips, daß der Schuldner nicht verpflichtet ist, dem Zessionar zu leisten. Denn an und für sich brauchte sich der Drittschuldner eine solche Pfändung, die weiter nichts als eine unfreiwillige Zession darstellt, nicht gefallen zu lassen, da seine Rechtslage durch einseitige Handlungen des pfändenden Gläubigers nicht verschlechtert werden darf; die an sich veräußerliche Forderung verliert im Falle des § 851 II ZPO. trotz des pactum de non cedendo ihren veräußerlichen Charakter nicht. Wenn es Seuffert[6]) unerfindlich erscheint, weshalb im § 851 II ZPO. eine Überweisung nur zur Einziehung, nicht aber an Zahlungsstatt zulässig sein soll, so sei darauf hingewiesen, daß abgesehen davon, daß die Überweisung zur Einziehung das Regelmäßige ist, andere als Geldforderungen überhaupt niemals gemäß 847 ZPO. an Zahlungsstatt zum Nennwert, sondern immer nur zur Einziehung überwiesen werden dürfen, und daß daher erst eine Unterscheidung zwischen Geldforderungen und den übrigen Forderungen erforderlich gewesen wäre.

Die Vorschrift des § 851 ZPO. stellt demnach gleichfalls, wie die Bestimmungen der §§ 405, 892 BGB., einen Ausschluß der dinglichen Wirkung des pactum de non cedendo dar.

Eine weitere Abschwächung erleidet schließlich die Vorschrift des § 399 BGB. auch im Konkurs, und zwar hier mittelbar durch die Bestimmung des § 851 ZPO. Im § 1 Abs. 4 der KO. heißt es: „Gegenstände, die nicht gepfändet werden sollen, gehören nicht zur Konkursmasse."

---

[5]) Prot. l. c. Bd 1 S. 384.

[6]) Seuffert l. c. S. 530.

Durch die Bestimmung des § 851 Abs. 2. ZPO. entzieht daher das pactum de non cedendo die Forderung dem Konkursbeschlag nur insoweit, als der geschuldete Gegenstand selbst der Pfändung entrückt ist.[7])

§ 10.

Die eigentliche Natur der dinglichen Wirkung des pactum de non cedendo.

Erst jetzt, nachdem das Verhältnis des § 399 BGB. zu § 137 BGB. sowie die Ausnahmevorschriften der §§ 405, 892 BGB., 851 ZPO. erörtert sind, ist es möglich, die eigentliche Natur der dinglichen Wirkung des pactum de non cedendo näher zu untersuchen.

Wir kommen damit zu der bedeutungsvollsten und interessantesten, aber vielleicht schwierigsten Frage dieser Arbeit. Leider fehlt es bezüglich dieser Frage an jeder näheren Erörterung in der Literatur.

Zunächst sei die Frage aufgeworfen, ob man infolge der Vorschrift des § 399 BGB. sagen kann, daß die zedierte Forderung, wenn ein pactum de non cedendo vereinbart wurde, gar nicht in das Vermögen des Zessionars übergegangen ist.

Daß durch das pactum de non cedendo das Recht des Gläubigers, einem anderen die Ermächtigung zur Einziehung der Forderung zu erteilen, nicht berührt wird, nimmt man allgemein an.[1]) Auch in der vertragswidrigen Zession kann eine Ermächtigung zur Einziehung in Form der Vollmachtserteilung des § 167 BGB. liegen, was allerdings unter Berücksichtigung des § 140 BGB. Sache der Auslegung ist. Nach § 857 Abs. 1 ZPO. kann dieses Einziehungsrecht gepfändet werden; aber auch die mit dem pactum de non cedendo versehene Forderung selbst wird danach insoweit gepfändet werden können, als die

---

[7]) Jäger, Komm. z. KO. S. 10.

[1]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 869; Schollmeyer l. c. S. 365.

Einziehung einem anderen überlassen werden kann, wie sich dies aus der Bestimmung des § 857 Abs. 3 ZPO. ergibt. Es bedarf daher, soll eine solche Forderung unpfändbar sein, noch der Aufnahme des Vertragspassus, daß auch die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zur Einziehung im eigenen Nutzen ausgeschlossen sein soll.

Ferner ist in diesem Zusammenhange zu erwähnen, daß allgemein[2]) angenommen wird, eine trotz des pactum de non cedendo vorgenommene Zession werde wirksam, wenn der Schuldner sie genehmige, d. h. seine nachträgliche Zustimmung erteile. Eine trotz des vertragsmäßigen Zessionsverbotes erfolgte Abtretung ist nicht schlechthin, sondern nur dem Schuldner gegenüber unwirksam. Es ergibt sich dies aus der naheliegenden Analogie des „privaten Veräußerungsverbotes" (§ 135 BGB.). Gerade diese Ausführungen Oertmanns[3]) und Rehbeins[4]), die Heranziehung der Analogie des „privaten Veräußerungsverbotes" sowie die Behauptung, daß die dem pactum de non cedendo zuwider vollzogene Abtretung nicht schlechthin, sondern nur dem Schuldner gegenüber unwirksam sei, erscheinen für die Untersuchung der eigentlichen Natur der dinglichen Wirkung des pactum de non cedendo ausschlaggebend, und es ist daher die Annahme nicht ungerechtfertigt, daß auch Oertmann und Rehbein, wenn es auch bei ihnen an näheren Erörterungen fehlt, in den hier aufgeworfenen Fragen zu den gleichen Ergebnissen wie wir im folgenden gelangen müssen.

Schon nach den bisherigen Ausführungen ist daher die Frage, ob man sagen kann, daß die trotz des pactum de non cedendo zedierte Forderung gar nicht in das Vermögen des Zessionars übergegangen ist, zu verneinen. Diese Ansicht erhält eine weitere Unterstützung, wenn man an die bereits vorher näher erörterte Vorschrift des § 851 ZPO. denkt. Weiter spricht dafür die Bestimmung des § 405 BGB.

---

[2]) Rehbein, Das BGB. Bd. 2 Lieferung 3 S. 388; Staudinger l. c. S. 278; Oertmann l. c. S. 268; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 352.

[3]) Oertmann l. c. S. 268.

[4]) Rehbein l. c. S. 387/88.

Schollmeyer[5]) spricht allerdings im Falle des § 405 BGB. nur von dem Ausschluß des Einwands des pactum de non cedendo und bestreitet, daß die den Vorschriften des § 405 entsprechende Abtretung in Verbindung mit dem guten Glauben des Zessionars als Entstehungsgrund der Forderung aufzufassen sei. Es war dieser Punkt bereits bei der Frage erörtert worden, wie die Stellung eines bösgläubigen Weiterzessionars ist, dem die unter Beobachtung der Vorschriften des § 405 abgetretene Forderung seitens eines gutgläubigen Zessionars weiter abgetreten worden ist. Wenn auch im Gegensatz zu den Motiven hier die Ansicht vertreten worden ist, daß die Entscheidung dieser Frage von dem persönlichen guten oder schlechten Glauben des Weiterzessionars abhängt, so ist doch andererseits in Übereinstimmung mit den Motiven anzunehmen, daß die Forderung allerdings zunächst gültig entstanden ist Es steht diese Ansicht keineswegs mit der soeben erwähnten Entscheidung in Widerspruch. Denn die Forderung ist zwar zunächst im Vermögen des Zessionars gültig entstanden; sie erlischt aber, sobald sie wiederum an einen schlechtgläubigen Zessionar übergeht. Diese Meinung vertritt denn auch Leonhard.[6]) Auch Bonheim[7]) ist der Ansicht, daß die Forderung gültig entstanden sei. Er begründet dies damit, daß die trotz des pactum de non cedendo erfolgte Abtretung nur infolge einer besonderen, eine Ausnahme von der Bestimmung der Nichtwirksamkeit obligatorischer Verträge gegen Dritte bildenden Bestimmung auch Dritten gegenüber unwirksam sei. Da nun aber im Falle des § 405 diese Unwirksamkeit zugunsten gutgläubigen Erwerbes beseitigt werde, so werde damit der an sich normale Zustand wiederhergestellt, daß eine das Gläubigerrecht beschränkende Vereinbarung unter den Parteien nur unter diesen, nicht aber Dritten gegenüber wirksam sei; der Zessionar erwerbe daher hier in gewöhnlicher Weise das Gläubigerrecht. Diese Ansicht ist keineswegs so unbestritten, wie dies Bonheim allerdings anzunehmen scheint. So vertritt die gerade entgegengesetzte

[5]) Schollmeyer l. c. S. 374.
[6]) Leonhard-Eck l. c. S. 396.
[7]) Bonheim, Inhalt und Bedeutung des § 485 des BGB. S. 46, 47.

Meinung Langheineken[8]): Wenn der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt habe, und die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten werde, so könne er sich gemäß § 405 BGB. auf das pactum de non cedendo berufen, vorausgesetzt, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte. Die Geltendmachung dieses Umstandes enthalte keine Einrede; durch den Mangel des guten Glaubens bei dem, der erwerben solle, werde hier der Rechtserwerb genau ebenso, wie bei dem auf den Erwerb einer beweglichen Sache gerichteten Rechtsgeschäft (§ 932 Abs. 1 Satz 1 Schluß) verhindert; hier wie dort werde der bösgläubigen Partei nicht ein bloßes Einrederecht entgegengestellt.

Es stimmt dieses Ergebnis mit der von Schollmeyer vertretenen Meinung überein. Beider Ansicht kann jedoch hier nicht zugestimmt werden. Denn nach der Meinung dieser beiden Schriftsteller, daß die Forderung in der Hand des gutgläubigen Erwerbers nicht entstanden sei, hat dieser, da hier ein anderes als ein Forderungsrecht nicht in Betracht kommen kann, ein positives Recht überhaupt nicht. Es ist aber juristisch undenkbar, gegen ein nicht bestehendes Recht eine Einwendung auszuschließen. Denn wie einerseits einem Nichtrecht stets die „Einwendung" der Nichtigkeit entgegensteht, so muß andererseits, wenn diese „Einwendung" nicht geltend gemacht werden kann, stets ein Recht vorhanden sein.[9]) Als Folge ergäbe sich ja auch wohl richtigerweise, daß, wenn der Sachverhalt dem Richter bekannt würde, dieser schon ipso iure den klagenden Erwerber abweisen müßte, ohne daß es irgend welcher Einwendungen des Schuldners bedürfte, weil ja ein nicht bestehendes Recht nicht geltend gemacht werden kann; demnach ist es wohl nicht angängig, dem Kläger gegenüber Einwendungen auszuschließen, ohne ihm ein positives Recht zu geben. Es muß daher dem Kläger, wenn er, wie dies § 405 bezweckt, rechtswirksam klagen können soll, notwendigerweise ein Recht zu-

---

[8]) Langheineken, Anspruch und Einrede S. 305, 306.

[9]) Bonheim l. c. S. 42.

stehen, und dieses Recht kann naturgemäß nur das Forderungsrecht gegen den Schuldner sein.[10])

Würdigt man in dieser Weise den § 405, so enthält die darin getroffene Bestimmung eine wesentliche Unterstützung der hier aufgestellten Behauptung, daß man sagen muß, trotz des pactum de non cedendo sei die Forderung in das Vermögen des Zessionars übergegangen. Schließlich sei noch folgender Punkt zur Unterstützung der hier vertretenen Ansicht hervorgehoben:

Gemäß § 412 BGB. findet auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes unter anderen auch die Vorschrift des § 399 BGB. entsprechende Anwendung. Soweit eine Forderung infolge des pactum de non cedendo „nicht abgetreten werden kann", findet daher auch der Übergang der Forderung kraft Gesetzes nicht statt. Im § 1438 Abs. 2 BGB wird nun für die allgemeine Gütergemeinschaft bestimmt, daß die einzelnen Gegenstände gemeinschaftlich werden, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf. Es liegt hier also einer der Fälle vor, für welche die Bestimmung des § 412 und demnach auch des § 399 gilt. Im § 1439 BGB. wird dann noch des weiteren betont, daß Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, von dem Gesamtgut ausgeschlossen sind. Auf solche Gegenstände finden die bei der Errungenschaftsgemeinschaft für das eingebrachte Gut geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung; mithin auch, da nur § 1524 ausgenommen ist, die Vorschrift des § 1525, insbesondere des Abs. 2 daselbst; demnach werden nur die Nutzungen des eingebrachten Gutes der Frau, mithin auch die Nutzungen einer mit einem pactum de non cedendo versehenen Forderung oder gemäß § 413 anderer Rechte, vom Mann in derselben Weise wie von einem Nießbraucher erworben, wenn auch allerdings nicht für sich, sondern für das Gesamtgut (§§ 1525, 1383 BGB.

Das Recht an einem anderen Rechte befähigt dazu, wie Hölder[11]) ausführt, den Inhalt des fremden Rechtes als In-

[10]) Bonheim l. c. S. 42, 43.

[11]) Hölder, Komm. z. BGB. Bd. 1 S. 204.

halt eines eigenen Rechtes geltend zu machen, und schließt, soweit sein Umfang reicht, die eigene Geltendmachung des fremden Rechts durch dessen Subjekt aus. Die durch das Pfandrecht oder den Nießbrauch an einer Forderung gegebene Berechtigung zu ihrer Beitreibung schließt, solange sie besteht, die gleiche Berechtigung des Subjekts der Forderung aus. Ebenso schließt in dem hier erörterten Falle die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes am eingebrachten Gute der Frau, an den ihr zustehenden mit vertragsmäßigem Zessionsverbot versehenen Forderungen und anderen Rechten die Verwaltung und Nutznießung der Ehefrau aus: „Die Entstehung eines Rechtes an einem anderen Rechte ist daher nichts anderes als ein partieller Übergang dieses Rechtes auf ein anderes Subjekt.“ Mit diesen Worten Hölders[12]) ist unter Berücksichtigung des hier erörterten Falles ein neuer Beweis für die Behauptung erbracht, daß man sagen muß, die Forderung sei trotz des pactum de non cedendo in das Vermögen des Zessionars übergegangen (in dem letzterwähnten Falle aus dem Vermögen des einen der Ehegatten in das Gesamtgut).

Die Bedeutung der bisherigen Erörterung zeigt sich, wenn wir folgende zwei neue Fragen aufwerfen:

1. Wie steht der Zedent, der trotz des pactum de non cedendo die Forderung abtritt, rechtlich gegenüber dem cessus da? Kann der Zessus dem Zedenten, der, obwohl er die Forderung zediert hat, sie doch selbst einklagt, mangelnde Aktivlegitimation entgegenhalten?
2. Wie steht der Zedent, der trotz des vertragsmäßigen Zessionsverbotes die Forderung abtritt, rechtlich gegenüber dem Zessionar da? Kann der Zessionar dem Zedenten das Eigentum[13]) an der Forderung bestreiten?

---

[12]) Hölder l. c. S. 204.

[13]) Es soll nicht verkannt werden, daß der Ausdruck „Eigentum an einer Forderung“ ungenau ist. Der ursprünglichen Entwicklung des Eigentumsbegriffes nach kann man streng genommen nur von einem Eigentum an körperlichen Sachen sprechen. Indessen hat die Wissenschaft und

Wenn auch beide Fragen bisher in der Literatur noch nicht aufgeworfen sind, und so auch von Oertman und Rehbein nicht, so ist doch anzunehmen, daß diese beiden Schriftsteller wenigstens die Fragen bejahen dürften. Denn in beiden Fällen will sich der Zedent das pactum de non cedendo zunutze machen. Da aber Oertmann mit Recht der Ansicht ist, daß die trotz des vertragsmäßigen Zessionsverbotes vollzogene Abtretung nur dem Schuldner gegenüber unwirksam ist, nicht aber schlechthin, und da auch Rehbein in ähnlicher Weise betont, daß die Vorschrift des § 399 nur im Interesse des Schuldners erlassen sei, so dürften wohl auch Oertmann und Rehbein zur Bejahung der beiden hier aufgeworfenen Fragen kommen.

Daß auch hier die Ansicht vertreten wird, daß beide Fragen in bejahendem Sinne zu beantworten sind, geht bereits aus der hier verfochtenen Anschauung hervor, daß man sagen muß, trotz des pactum de non cedendo sei die Forderung in das Vermögen des Zessionars übergegangen. Es kann daher hier auf die bisherigen Ausführungen zu diesem Kapitel, insbesondere auf die Erörterung der Vorschrift des § 405 BGB. verwiesen werden. Nur folgendes soll noch zunächst bezüglich der zuerst aufgeworfenen Frage hervorgehoben werden.

Zur Beantwortung der ersten Frage sei auf die Vorschrift des § 409 BGB. hingewiesen. Hier ist zugunsten des Schuldners, sogar eines schlechtgläubigen, bestimmt, daß der Gläubiger, wenn er dem Schuldner anzeigt, er habe die Forderung abgetreten, dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen müsse, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam, also auch infolge von § 399 BGB. nicht wirksam ist.

---

die Praxis den Fortschritten und Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend den Begriff des Eigentums auch auf Rechte ausgedehnt, so daß bereits das allgem. Landrecht (I, 8 §§ 1ff., diesen Eigentumsbegriff an Rechten übernommen hat. Nun hat allerdings das BGB. (§§ 90, 903) wieder das Eigentum auf körperliche Sachen beschränkt; allein Theorie und Praxis operieren nach wie vor vielfach mit dem Eigentumsbegriff an Rechten; es dürfte daher der Ausdruck „Eigentum an einer Forderung", wie auch die späteren Ausführungen wohl dartun, zur Veranschaulichung wenigstens nicht ungeeignet sein. Trotz der Gewagtheit des Ausdruckes mag es deshalb gestattet sein, denselben im folgenden beizubehalten.

Der Anzeige wird es im zweiten Satze des § 409 gleichgestellt, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt. Durch die Anzeige und die ihr gleichgestellte Vorlegung der vom Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde an den Schuldner wird daher der Schuldner berechtigt, denjenigen, an welchen nach der Anzeige die Abtretung erfolgt ist, als seinen Gläubiger zu behandeln, auch wenn z. B. nach der Vorschrift des § 399 die Abtretung nicht wirksam ist. Die Anzeige steht also insoweit, wie auch Schollmeyer[14]) annimmt, vollkommen an Stelle der Abtretung. Der Anzeigende muß, auch wenn ein pactum de non cedendo vereinbart ist, unter den Voraussetzungen des § 409 BGB. die an den in der Anzeige bezeichneten neuen Gläubiger erfolgte Leistung des Schuldners gegen sich gelten lassen; es kann der Anzeigende, nachdem der Schuldner bereits an den neuen Gläubiger gezahlt hat, vom Schuldner nicht zum zweiten Male Zahlung verlangen; aber auch wenn der Schuldner noch nicht an den neuen Gläubiger gezahlt hat, und der Anzeigende die Forderung gegen den Schuldner einklagt, wird dieser ihm entgegenhalten können, daß er nur den in der Anzeige als Zessionar Bezeichneten als seinen Gläubiger ansehe, mit anderen Worten, der Schuldner wird daher wohl richtigerweise dem Gläubiger die mangelnde Aktivlegitimation entgegenhalten können.

Sowohl die Vorschrift des § 409 BGB. als die bisherigen in diesem Kapitel gemachten Ausführungen bestimmen dazu, die Frage, ob der cessus dem Zedenten, der trotz des pactum de non cedendo die Forderung abtritt, bei Einklagung die mangelnde Aktivlegitimation entgegenhalten kann, zu bejahen.

Ebenso dürfte auch die zweite Frage zu bejahen sein, daß der Zessionar dem Zedenten das Eigentum an der Forderung bestreiten kann. Der Zedent kann sich nicht dem Zessionar gegenüber auf das pactum de non cedendo berufen; denn die Bestimmung des § 399 BGB. ist nur gegeben, um den Schuldner

[14]) Schollmeyer l. c. S. 384; ferner Planck l. c. Bd. 2 S. 192.

zu schützen. Hat sich der Zedent trotz des vertragsmäßigen Zessionsverbotes dem Zessionar gegenüber obligatorisch verpflichtet, die Forderung ihm abzutreten, so würde der Zedent dolos handeln, wollte er nunmehr dem Zessionar gegenüber sich auf das pactum de non cedendo berufen und ihm das Eigentum an der Forderung bestreiten.

Es sei hier auch auf die ähnliche Vorschrift des § 409 Abs. 2 BGB. hingewiesen, wonach die Anzeige des Gläubigers nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden kann, welcher als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist. Dem Zessionar kann also die Möglichkeit, vom Schuldner als Gläubiger behandelt zu werden, durch den Anzeigenden nur entzogen werden, wenn er — der Zessionar — zustimmt. Schließlich sei betont, daß, wollte man leugnen, der Zessionar könne dem Zedenten das Eigentum an der Forderung bestreiten, man auch annehmen müßte, daß die trotz des pactum de non cedendo vorgenommene Zession auch dann unwirksam bleibt, wenn der Schuldner sie zwar genehmigt, der Gläubiger aber der Genehmigung widerspricht. Die Wirksamkeit einer solchen vom Schuldner genehmigten Abtretung wird aber, wie bereits erwähnt, in der Literatur allgemein anerkannt.

Demnach ist auch die Frage, ob der Zessionar dem Zedenten das Eigentum an der Forderung bestreiten kann, zu bejahen.

Für die Untersuchung der eigentlichen Natur des pactum de non cedendo erscheint es zweckmäßig, noch folgende zwei weitere Fragen aufzuwerfen:

1. Kann der Zessionar, wenn der Zedent trotz des pactum de non cedendo die Forderung abtritt, dem später die Forderung pfändenden persönlichen Gläubiger des Zedenten die Interventionsklage entgegenhalten?

2. Kann der Zessionar, wenn der Zedent trotz des vertragsmäßigen Zessionsverbotes die Forderung abtritt und hernach in Konkurs fällt, dem späteren Konkursverwalter im Kon-

kurse des Zedenten ein Aussonderungsrecht entgegenhalten?

Beide in der Literatur bisher unerörterte Fragen dürften trotz ihrer Zweifelhaftigkeit zu bejahen sein. Voraussetzung für den ersten Fall wäre, daß dem Zessionar gemäß § 771 ZPO. an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustände. Voraussetzung des zweiten Falles wäre, daß der Zessionar einen Anspruch auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts gemäß § 43 KO. hätte.

Welche Rechte zu den im Sinne des § 771 ZPO. die Veräußerung hindernden gehören, bestimmt die Zivilprozeßordnung ebensowenig, wie die Konkursordnung darüber Aufschluß gibt, welche Ansprüche im Sinne des § 43 KO. eine Aussonderung begründen; beides entscheidet sich vielmehr grundsätzlich nach materiellem Rechte.

Die beiden hier aufgeworfenen Fragen lassen sich auch in folgender für sie beide zutreffender Frage dahin formulieren:

Können sich der später die Forderung pfändende persönliche Gläubiger des Zedenten oder der spätere Konkursverwalter im Konkurse des Zedenten, also dritte Personen auf das pactum de non cedendo berufen, oder einzig und allein der cessus?

Nach den bisherigen Ausführungen dürfte es nicht zweifelhaft sein, daß hier die Ansicht für richtig erachtet wird, daß nur der Schuldner, nicht aber dritte Personen sich auf das pactum de non cedendo berufen können, und demnach die beiden zur Erörterung stehenden Fragen zu bejahen sind.

Zunächst sei auf die bisherigen Ausführungen hingewiesen; sodann rechtfertigt sich die Bejahung der beiden Fragen dadurch, daß es sich im § 399 Teil 2 nicht um die Änderung des Inhalts eines Rechtes handelt, sondern um ein relatives wirksames Verfügungsverbot im Sinne der §§ 135—137 BGB.

Es wird bisher leider völlig verkannt, daß sich das pactum de non cedendo wesentlich von dem andern im § 399

BGB. erwähnten Zessionsverbote, sowie von dem Zessionsverbote des § 400 unterscheidet, indem es eine erheblich geringere Wirkung hat.

Es ist bereits bei Besprechung des § 892 BGB. ausgeführt worden, daß die meisten Schriftsteller, die in Kommentaren und Lehrbüchern zum Sachenrecht auf das pactum de non cedendo zu sprechen kommen, den Standpunkt vertreten, daß es sich hier nur um eine Verfügungsbeschränkung, nicht aber um die Veränderung des Inhalts eines Rechts handelt. Von den Schriftstellern, die insbesondere das Recht der Schuldverhältnisse behandeln, scheint allerdings nur Oertmann, vielleicht[15]) auch Rehbein gleichfalls dieser Ansicht zu sein. Oertmann hebt den entscheidenden Punkt hervor, indem er mit Recht auf die so naheliegende Analogie des pactum de non cedendo mit dem relativen Veräußerungsverbote hinweist.. So zeigt sich eine nahe Verwandtschaft der Vorschrift des § 405 BGB. mit der Bestimmung des § 135 Abs. 2, wonach die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden. Wie § 405 beim Vorhandensein der daselbst angegebenen Voraussetzungen den Schutz des gutgläubigen Zessionars bezweckt und diesem das pactum de non cedendo nicht entgegengesetzt werden kann, so führt auch die entsprechende Anwendung der Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, dahin, daß, soweit der Erwerb eines Rechtes auf Grund der Verfügung eines zu derselben nicht Berechtigten erfolgt, auch ein Veräußerungsverbot der im § 135 bezeichneten Art dem Erwerbe des Rechtes auf Grund einer Verfügung des Berechtigten nicht entgegensteht. Man bedenke ferner das tertium comparationis der Vorschrift des § 135 Abs. 1 Satz 2 BGB., wonach der rechtsgeschäftlichen Verfügung eine Verfügung gleichsteht, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt, der Bestimmung des § 851 ZPO. sowie schließlich der Vorschrift des § 13 KO., wonach ein gegen den

[15]) Rehbein, Das BGB. Bd. 2 S. 387/88; ferner demgegenüber aber Rehbein, Das BGB. Bd. 1 S. 177/78.

Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 des BGB. bezeichneten Art den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist.

All dies bestimmt zu einer Analogie des pactum de non cedendo mit dem Veräußerungsverbot und zur Ablehnung der Ansicht, daß durch das pactum de non cedendo der Inhalt der Leistung geändert wird.

Nimmt man an, daß durch das vertragsmäßige Zessionsverbot eine Veränderung der Leistung des Inhalts bewirkt wird, so ist auch nicht einzusehen, weshalb das pactum de non cedendo im § 399 BGB. noch besonders hervorgehoben wird. Es würde ja dann schon stets das pactum de non cedendo unter den ersten Teil des § 399 fallen, wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch muß daher, wenn es das pactum de non cedendo besonders hervorhebt, davon ausgehen, daß sich die beiden Fälle des § 399 nicht decken; es wäre vielleicht noch zweckmäßiger gewesen, das pactum de non cedendo in einem besonderen Paragraphen zu behandeln, um so schon äußerlich den wesentlichen Unterschied des Zessionsverbotes von den beiden anderen, im § 399 Teil 1 und im § 400 erwähnten Zessionsverboten hervorzuheben.

Zum Schlusse der Beweisführung sei noch einmal auf die Bestimmung des § 405 BGB. hingewiesen. Scharf betont Endemann,[16]) daß während den Verfügungsbeschränkungen regelmäßig nur eine bloß relative Wirkung beigelegt wird, so daß sie nur zum Schutze bestimmter Personen dienen, dagegen die im öffentlichen Interesse ergangenen Veräußerungsverbote eine absolute Wirkung haben, daher von allen und gegen alle geltend gemacht werden können und auch den gutgläubigen Erwerb Dritter ausschließen. Die der Bestimmung des § 135 Abs. 2 analoge Vorschrift des § 405 ist daher auch ein offensichtlicher Beweis dafür, daß das pactum de non cedendo nur eine relativ

[16]) Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 2, Sachenrecht S. 115.

wirksame Verfügungsbeschränkung darstellt, die nur dem Schutze des Schuldners dient.

Endlich ist noch die Frage aufzuwerfen, ob selbst der Richter das pactum erst dann zu beachten hat, wenn der Schuldner sich ausdrücklich darauf beruft.

Man wird auch dieses nach dem bloß relativen und dem Schutzcharakter der Bestimmung richtigerweise annehmen müssen.

Will der vom Zessionar verklagte Schuldner den Schutz nicht, so kann er ihm auch nicht aufgedrängt werden. Es sind daher Versäumnis- und Anerkennungsurteile gegen den Schuldner selbst dann möglich, wenn der Richter aus dem Klagevortrage ersieht, daß das pactum de non cedendo bezüglich der eingeklagten Forderung geschlossen ist, mit anderen Worten:

Das pactum de non cedendo gewährt dem Schuldner nur eine Einrede im Sinne des heutigen materiellen Rechts, d. h. die Befugnis, die Erfüllung einer an sich ihn treffenden Leistungspflicht gegenüber dem an sich legitimierten Zessionar zu verweigern. Sie gehört zu den Einreden, welche dauernd die Befugnis zur Verweigerung der Leistung gibt (exceptiones peremptoriae), während die beiden anderen Zessionsverbote — das des § 399 Teil 1 und das des § 400 — einen absoluten Charakter tragen.

Das Ergebnis der Untersuchung dieses Kapitels ist insbesondere das, daß das pactum de non cedendo ein nur relativ wirksames, zugunsten des Schuldners erlassenes Verfügungsverbot im Sinne der §§ 135—137 BGB. darstellt.

§ 11.

Ausdehnung der Vorschriften über das pactum de non cedendo gemäß § 412 BGB.

Die für das pactum de non cedendo vom Bürgerlichen Gesetzbuche getroffenen Bestimmungen finden durch mehrere Vorschriften eine nicht unerhebliche Erweiterung, so zunächst durch die Vorschrift des § 412 BGB., der anordnet, daß auf die

Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes die Vorschriften der §§ 399—404, 406—410 entsprechende Anwendung finden. Es greift demnach auch die Vorschrift des § 399 Teil 2 durch. Soweit daher eine Forderung infolge des pactum de non cedendo „nicht abgetreten werden kann", findet auch der Übergang der Forderung kraft Gesetzes nicht statt. Es fragt sich, was mit der Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes gemeint ist?

Es ist darunter der von selbst ohne Zutun des Gläubigers sich vollziehende Übergang einer Forderung auf einen anderen Gläubiger zu verstehen. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine sogen. notwendige Zession in dem Sinne, daß da, wo jemand in rechtlich erzwingbarer Weise zur Abtretung einer Forderung an einen anderen verpflichtet sei, sich der Übergang der Forderung von selbst vollziehe; denn es wird im Bürgerlichen Gesetzbuche von dem gesetzlichen Übergang der Forderung die gesetzliche Verpflichtung zur Abtretung unterschieden, wie dies § 125 Abs. 1 Satz 2 deutlich zeigt. Eine derartige gesetzliche Verpflichtung findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht selten, so unter anderem in der Vorschrift des § 281 Abs. 1 BGB., wonach der Gläubiger, wenn der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen kann.[1]) Andere Fälle sind in den §§ 323 Abs. 2, 1282 Abs. 1 Satz 3 behandelt.

Im Bürgerlichen Gesetzbuche kommen zahlreiche Fälle des Überganges einer Forderung kraft Gesetzes vor. Zunächst sei die Vorschrift des § 82 BGB. genannt, die jedoch nur geringe Bedeutung für unsere Erörterung hat. Sodann sei die Bestimmung des § 1438 Abs. 2 erwähnt. Über ihre Erheblichkeit beim Vorliegen eines pactum de non cedendo ist bereits früher ausführlich gesprochen worden. Es sei daher hier nur hervorgehoben, daß für die §§ 485 Abs. 3, 1519 Abs. 2 und 1549 BGB. das gleiche wie für § 1438 Abs. 2 gilt. Den übrigen Fällen, wo die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes erfolgt, ist es gemein-

[1]) Schollmeyer l. c. S. 358.

sam, daß sich das Bürgerliche Gesetzbuch hier stets der Wendung bedient: „Soweit der (Zahlende) den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über." „Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden."

Es kommt hier zunächst die Vorschrift des § 268 BGB. in Betracht. Nehmen wir an, daß ein pactum de non cedendo vereinbart ist, so ergibt sich folgendes: Wenn ein Dritter, der Gefahr läuft, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand betreibt, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande oder den Besitz zu verlieren, den Gläubiger befriedigt, so kann der Schuldner trotzdem, falls ein pactum de non cedendo verabredet ist, dieses dem Dritten entgegenhalten. Die Vorschrift des § 268 BGB. findet entsprechende Anwendung im Falle des § 1150 BGB., sowie im Falle des § 1249 BGB.

Einen weiteren Fall, wo die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes stattfindet, enthält die Bestimmung des § 426 Abs. 2 BGB. Hier ergibt sich, daß, wenn wiederum die Vereinbarung des pactum de non cedendo vorausgesetzt wird, einem Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, von diesen das pactum de non cedendo entgegengehalten werden kann.

Ferner ist hier die Bestimmung des § 774 BGB. anzuführen. Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so kann trotzdem bei Annahme eines vertragsmäßigen Zessionsverbotes der Hauptschuldner dem Bürgen das pactum de non cedendo entgegenhalten. Die Vorschrift des § 774 BGB. findet gemäß § 1143 für den Eigentümer eines verpfändeten Grundstücks, der nicht der persönliche Schuldner ist, aber den Gläubiger bezahlt, ferner gemäß § 1225 für den Verpfänder eines Faustpfandes, der nicht persönlicher Schuldner ist, aber den Pfandgläubiger befriedigt, schließlich gemäß § 1266 beim Schiffspfand entsprechende Anwendung.

Endlich sind noch die Fälle der §§ 1607, 1709 zu nennen, wo von gewissen Personen an Stelle eines zur Alimentation gesetzlich Verpflichteten dem Berechtigten Unterhalt gewährt wird.

Welches sind nun die Folgen der Bestimmung des § 412? Kann sich der Zahlende auf das zwischen ihm und dem Hauptschuldner etwa schon bestehende Rechtsverhältnis berufen? Zweifelhaft ist es allerdings — jedoch mit Stammler[2]) wohl zu bejahen — ob, wenn kein pactum de non cedendo vereinbart ist und demnach die Übertragung der Forderung kraft Gesetzes erfolgt, die gesetzlich übertragene Ersatzforderung neben ein etwaiges, sonstiges Rechtsverhältnis zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner hinzutritt, und zwar deshalb zweifelhaft, weil auffälligerweise im § 774 Abs. 1 (vgl. §§ 1143, 1225) ausdrücklich hervorgehoben wird, daß Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis unberührt bleiben, während bei den übrigen hierher gehörigen Fällen eine ähnliche Bestimmung sich nicht findet. Dagegen dürfte es wohl unzweifelhaft sein, daß, wenn infolge eines pactum de non cedendo der Übergang der Forderung kraft Gesetzes nicht stattfindet, der Zahlende wenigstens auf das zwischen ihm und dem Hauptschuldner etwa schon bestehende Rechtsverhältnis zurückgreifen kann. Fehlt es dagegen an einem solchen, so würden die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag heranzuziehen sein. Infolge der Bestimmung der §§ 683, 684 und 679 BGB. wird jedoch der Zahlende dann nicht selten einen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner nicht geltend machen können und alsdann wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus § 812 klagen müssen. Wenn also auch dem Zahlenden stets ein Anspruch, event. aus § 812, verbleibt, so kann doch die cessio legis Bedeutung haben für irgendwelche Vorzüge der actio ex lege cessa vor den anderen Ansprüchen, so z. B. für eine Sicherheit, für die Verjährung usw. Diese Vorzüge würden im Falle der Vereinbarung eines vertragsmäßigen Zessionsverbotes fortfallen.

Bei diesem nicht gerade völlig befriedigenden Resultate fragt es sich, ob die Vorschrift des § 399 vielleicht deshalb nicht zur Anwendung gelangt, weil in den genannten Fällen stets der Zusatz gemacht wird: „Der Übergang kann nicht zum

---

[2]) Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 204.

Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.“ Diese Bestimmung hat jedoch nur folgende Bedeutung[3]):

Zunächst wird damit jede Haftung des Gläubigers gegenüber dem Zahlenden abgeschnitten. Der Gläubiger ist dem Zahlenden in der Sache zu nichts verpflichtet; überhaupt liegt eine causa cessionis, aus der eine Regreßpflicht des bezahlten Gläubigers folgen könnte, nicht vor.

Ferner hat der alte Gläubiger, wenn der Dritte nur einen Teil der Hauptschuld bezahlt und der alte Gläubiger den anderen Teil noch für sich behält, für den verbliebenen Rest ein Vorrecht in der Reihenfolge der Befriedigung. Der Dritte, welcher ohne Rücksicht auf das bessere Recht des alten Gläubigers seine Forderung von dem Schuldner eingezogen und diesen dadurch in Zahlungsunfähigkeit versetzt oder sonstwie dem Gläubiger dessen Befriedigung vereitelt oder erschwert hat, ist dem Gläubiger aus § 823 BGB. („oder ein sonstiges Recht“) schadensersatzpflichtig; mangelt es an seiner Schuld, so haftet er gemäß § 812 wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

Schließlich hat der Gläubiger gegen die aus den §§ 402, 403 von dem Erwerber gegen den befriedigten Gläubiger etwa erhobenen Ansprüche auf Auskunftserteilung, auf Auslieferung der zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden und auf Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Abtretung die Einwendung, daß dieses ihm, dem Gläubiger, zum Nachteile gereichen könnte und gegen sein berechtigtes Interesse verstieße.

Es zeigt sich hier also, daß die erwähnte stereotypisch wiederkehrende Wendung bewirkt, daß obwohl § 412 die §§ 402, 403 ausdrücklich erwähnt, trotzdem dieselben keine Anwendung finden, wenn der Gläubiger dadurch benachteiligt würde.

Dagegen wird die Vorschrift des § 399 durch die genannte Wendung nicht berührt. Denn der Dritte muß sich zwar vom Schuldner das pactum de non cedendo entgegenhalten lassen; die Lage des Gläubigers wird jedoch durch das pactum de non cedendo in keiner Weise verschlechtert.

---

[3]) Staudinger-Kuhlenbeck, Recht der Schuldverhältnisse S. 297; Stammler l. c. S. 204, 205.

Immerhin wird das nicht völlig befriedigende Ergebnis dadurch gemildert, daß in manchen Fällen das pactum de non cedendo wegen der zu vermutenden Genehmigung der cessio legis nicht einzureden sein wird, z. B. bei Gesamtschuldnern aus einem Vertrage, bei Bürgen im Auftrage des Hauptschuldners.

Zum Schlusse dieses Paragraphen sei noch hervorgehoben, daß im § 412 die Vorschrift des § 405 nicht genannt wird. Wenn der neue Gläubiger gegen den Schuldner klagt, so kann ihm der Schuldner stets den Einwand entgegensetzen, daß der Übergang infolge des vereinbarten pactum de non cedendo ausgeschlossen sei. Eine entsprechende Anwendung hinsichtlich der auf den Abtretungsvertrag bezüglichem Vorschriften des § 405 findet, ebenso wie hinsichtlich der Bestimmung des § 398 deshalb nicht statt, weil es bei dem gesetzlichen Übergange eines Forderungsrechtes an einem Abtretungsvertrag fehlt.[4])

§ 12.

Ausdehnung der Vorschriften über das pactum de non cedendo gemäß § 413 BGB.

Eine weitere Ausdehnung erfahren die Vorschriften des pactum de non cedendo durch die Bestimmung des § 413 BGB., der anordnet, daß die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung finden, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Da die Vorschriften über den Inhalt und das Erlöschen der Schuldverhältnisse sowie über die Übertragung der Forderung auch auf die dinglichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche Anwendung finden müssen, soweit nicht die rechtliche Natur der letzteren im Wege steht, so hätte es insofern der Bestimmung des § 413 nicht bedurft. § 413 hat es daher mit solchen Rechten zu tun, die nicht auf eine Leistung gerichtet und demnach nicht Ansprüche sind.

---

[4]) Schollmeyer l. c. S. 392.

Von den im Bürgerlichen Gesetzbuche selbst vorkommenden Rechten, für welche § 413 gilt, sind insbesondere die Gestaltungsrechte[1]) zu nennen. Selbständig übertragbare Gestaltungsrechte sind das Wiederkaufsrecht schlechthin, falls nicht ein pactum de non cedendo entgegensteht, ferner das vertragsmäßige Vorkaufsrecht kraft besonderer Parteibestimmung. Der Übertragbarkeit widerspricht die Bestimmung des § 514 nicht, da hier die Übertragbarkeit nur im Sinne eines aus der normalen Zweckbestimmung entnommenen nachgiebigen Rechtssatzes, nicht aber im Sinne eines Verbots ausgeschlossen wird.[2]) Zweifelhaft ist, ob und unter welchen Umständen das Rücktrittsrecht übergeht;[3]) das gleiche gilt für das Anfechtungsrecht, welches nach Seckel[4]) dann übergeht, „wenn sich die Anfechtungswirkungen in den Grenzen der eigenen Rechtssphäre des Sukzessors halten".

Außer den Gestaltungsrechten sind es namentlich im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelte Rechte, für welche § 413 Anwendung findet. Es kommen hier das Recht aus einer Mutung in Betracht; ferner ist auch die Übertragung der Neukuxe, die z. B. nach dem § 104 des allgem. Berggesetzes für die preuß. Staaten vom 24. 6. 1865 ohne Einwilligung der Mitgewerken auf andere Personen übertragen werden können, nach den Regeln des Zivilrechts über die Zession zu beurteilen.[5]) Ferner sind hier zu nennen die Beteiligungsrechte an Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften, weiterhin das Firmenrecht (§ 23 HGB.). Namentlich gehören aber hierher die Urheberrechte.

Es können nach § 3 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken vom 11. 6. 1870[6]) das Recht des Ur-

---

[1]) Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin; Koch S. 205ff.

[2]) Oertmann l. c. S. 269.

[3]) Seckel l. c. S. 321ff.

[4]) Zimmermann l. c. S. 355.

[5]) Brassert, Allgem. Berggesetz für die preuß. Staaten vom 24. 6. 1865 S. 302.

[6]) Endemann, Gesetz betr. das Urheberrecht an Schriftwerken vom 11. 6. 1870 S. 9ff.

hebers an Schriftwerken, nach § 2 des Reichsgesetzes vom 9. 1. 1876 betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste das Recht des Urhebers an Werken der bildenden Künste, nach § 7 des Reichsgesetzes vom 10. 1. 1876 betr. den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung das Recht des Verfertigers eines photographischen Werkes, nach § 3 des Reichsgesetzes vom 11. 1. 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen das Recht des Urhebers an Mustern und Modellen, nach § 6 des Patentgesetzes vom 7. 4. 1891 der Anspruch auf Erteilung des Patents und das Recht aus dem Patent, nach § 7 des Reichsgesetzes vom 1. 6. 1891 betr. den Schutz an Gebrauchsmustern das durch die Eintragung begründete Recht, nach § 7 des Reichsgesetzes vom 12. 5. 1894 zum Schutz der Warenbezeichnungen das durch die Anmeldung oder Eintragung eines Warenzeichens begründete Recht, nach § 8 des Reichsgesetzes vom 19. 6. 1901 betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst das Recht des Urhebers an Werken der Literatur und der Tonkunst, nach § 28 des Reichsgesetzes vom 19. 6. 1901 über das Verlagsrecht die Rechte des Verlegers — auf andere durch Vertrag übertragen werden.[7])

Im Patentrecht ist es streitig, ob die Übertragung des Patentes als Zession aufzufassen ist. Klostermann[8]) bejaht die Frage. Dagegen ist Gareis[9]) der Ansicht, daß die Übertragung des „Rechts aus dem Patente“ sich nicht als Zession darstellt, ebensowenig wie die Übertragung eines dinglichen Rechts. Auch das Reichsgericht[10]) führt aus, daß es sich bei der Übertragung eines Patentes nicht um Forderungsrechte oder Rechte aus einem zwischen bestimmten Personen bestehenden Rechtsverhältnisse, sondern um die Übertragung von Rechten mit sachenrechtlicher Gestaltung handle. Derselben Ansicht sind

---

[7]) Stenglein, Die Reichsgesetze zum Schutze des geistigen und gewerblichen Eigentums; Allfeld, Komm. zu den Reichsgesetzen über das gewerbliche Urheberrecht.

[8]) Klostermann, Die Patentgesetze aller Länder S. 198/99.

[9]) Gareis, Das deutsche Patentgesetz vom 25. 5. 1877 S. 121.

[10]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 31 S. 298/99.

Allfeld[11]) und Stenglein,[12]) welch letzterer die Annahme, die Summe der Gewerbetreibenden sei als debitor cessus anzusehen, für gekünstelt und unrichtig erklärt. Seligsohn[13]) betont, daß man gemäß §§ 398ff. und § 413 zwischen dem abstrakten Übertragungsvertrage und dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft, das Kauf, Tausch, Schenkung oder ein anderes Veräußerungsgeschäft sein könnte, unterscheiden müßte.

Zu der Streitfrage ist bei Berücksichtigung besonders des pactum de non cedendo in der Weise Stellung zu nehmen, daß allerdings nach § 413 die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auch auf die erwähnten Urheberrechte usw. entsprechende Anwendung finden. Die Veräußerung kann daher im Wege eines formlosen Vertrages geschehen. Der Veräußerer ist verpflichtet, dem Erwerber auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen. Bei einzelnen Vorschriften ist allerdings wegen der Natur des veräußerlichen Rechts, bei welchem ein Schuldner fehlt, eine entsprechende Anwendung ausgeschlossen.[14]) So auch grundsätzlich beim pactum de non cedendo. Ebenso wie in dem Falle, wo der Gläubiger einem Dritten gegenüber sich verpflichtet, über die ihm zustehende Forderung nicht zu verfügen, kommt auch bei einem Vertrage, worin sich der Inhaber eines Urheber- oder Patentrechtes zur Nichtveräußerung des Rechtes verpflichtet, die Vorschrift des § 137 BGB. zur Anwendung. Ein derartiger Vertrag hat daher im Gegensatz zu § 399 nur obligatorische Wirkung. Anders dagegen ist es, wenn es sich nicht um die Veräußerung des Rechtes selbst, sondern nur der Ausübungsbefugnis handelt. Hier greift die Bestimmung des § 399 Platz. Der Inhaber des Patentrechtes kann sich daher bei vertragsmäßiger Übertragung der Ausübung dem Dritten gegenüber auf das pactum de non cedendo berufen.[15])

Besondere Erwähnung verdient die Vorschrift des § 28 des

---

[11]) Allfeld l. c. S. 117.
[12]) Stenglein l. c. S. 62.
[13]) Seligsohn, Patentgesetz S. 142.
[14]) Mot. zu dem Entw. eines BGB. Bd. 2 S. 141.
[15]) Prot. l. c. Bd. 3 S. 257; Brütt l. c. S. 75.

Gesetzes über das Verlagsrecht, wonach die Rechte des Verlegers übertragbar sind, soweit nicht die Übertragung durch Vereinbarung zwischen dem Verfasser und dem Verleger ausgeschlossen ist. Bei Vereinbarung eines pactum de non cedendo zwischen Verfasser und Verleger findet die Vorschrift des § 399 Anwendung. Spahn[16]) ist allerdings der Meinung, daß das Verbot bei der Übertragung des ganzen Vertrages wirkungslos wird und nicht den Übergang des Werkes mit dem Verlage auf den Erwerber hindert. Demgegenüber ist jedoch mit Mittelstädt-Hillig[17]) anzunehmen, daß stets, also auch bei der Veräußerung des ganzen Verlagsgeschäftes, das pactum de non cedendo dinglich wirksam ist. Birkmeyer[18]) führt aus, daß die Bestimmung des Verlagsgesetzes dahin auszulegen ist, daß nur eine ausdrückliche Vertragsbestimmung die Übertragbarkeit des Verlagsrechtes auszuschließen imstande ist. Er verlangt daher einen Zusatz . . . „ausgeschlossen oder den Umständen nach als ausgeschlossen zu betrachten ist". Es kann aber sehr wohl, wie dies auch sonst beim pactum de non cedendo möglich ist, so auch hier die Vereinbarung aus den Umständen des Verlagsvertrages zu schließen sein. Soweit hiernach die Übertragung der Rechte durch Vertrag ausgeschlossen worden ist, können die Rechte aus dem Verlagsvertrage gemäß §§ 399, 413 BGB. „nicht abgetreten werden".

Ebenso wie die Vorschrift des § 399 findet auch die Bestimmung des § 405 entsprechende Anwendung. Hat der Verfasser eine Urkunde über den Verlagsvertrag ohne Erwähnung des verabredeten pactum de non cedendo ausgestellt, so kann er sich, wenn der Verleger seine Rechte unter Vorlegung der Urkunde abgetreten hat, dem Erwerber gegenüber nicht auf das pactum de non cedendo berufen, es sei denn, daß der Erwerber bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte.

Schließlich sei noch im Anschluß an § 413 folgende Frage erörtert:

---

[16]) Spahn, DJZ. 6. Jahrg. 1901 Nr. 8 S. 175.
[17]) Mittelstädt-Hillig, Das Verlagsrecht S. 97.
[18]) Birkmeyer, Die Kodifikation des Verlagsrechtes S. 23—25.

Da gemäß § 931 BGB. die Übergabe, wenn ein Dritter im Besitze der beweglichen Sache ist, dadurch ersetzt werden kann, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt, so fragt es sich, wenn der Eigentümer mit dem Dritten ein pactum de non cedendo vereinbart hat, ob alsdann die Vorschrift des § 399 Anwendung findet. Es ist das zu verneinen, da, solange der Dritte im Besitze der Sache ist, diese zu einer unveräußerlichen gemacht werden würde und es sich demnach um eine Umgehung des § 137 BGB. handeln würde. Da in den §§ 929 ff. besondere Bestimmungen getroffen sind, so findet die Vorschrift des § 413, und demnach auch die Vorschrift des § 399 keine Anwendung.

§ 13.

Ausdehnung der Vorschriften über das pactum de non cedendo auf die Anweisung.

Ein vertragsmäßiges Übertragungsverbot wird unter den Vorschriften über die Anweisung behandelt. Im § 792 wird zunächst bestimmt, daß der Anweisungsempfänger nicht nur nach sondern auch bereits vor der Annahme durch Vertrag mit einem Dritten die Anweisung auf diesen übertragen kann. Diese Bestimmung ist erfolgt, weil das Interesse des Anweisenden durch den Eintritt eines Dritten an Stelle des Anweisungsempfängers in der Regel überhaupt nicht berührt wird.[1])

Da der Empfänger vor der Annahme keine Forderung erlangt, weder gegen den Aussteller etwa aus dem Papier, noch gegen den Angewiesenen, da dieser ja noch nicht angenommen hat, so wird der Erwerber, der an die Stelle des Anweisungsempfängers tritt, nur ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben. Es liegt eine Substitution in die Einziehungsermächtigung vor. Von einer eigentlichen Zession kann man vor der Annahme der Anweisung deshalb nicht sprechen, weil es, wie soeben erwähnt, an einem zu übertragenden Forderungsrechte fehlt. Doch auch nach der

[1]) Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 267.

Annahme ist der Charakter an sich kein anderer. Allerdings kann gemäß §§ 398 ff. vom Empfänger sein durch die Annahme gewonnenes abstraktes Recht auf andere übertragen werden. Hierzu wäre aber keine besondere Regelung im Gesetze erforderlich gewesen; es ist dies etwas anderes als die Übertragung der Anweisung.

„Die Wirkung ist vielmehr eher die, daß die Zahlung an den zweiten Empfänger sich jetzt nach dem Rechte der Anweisung zugleich auf das Schuldverhältnis des Angewiesenen zum ersten Empfänger und auf das zum ersten Anweisenden bezieht; beide werden durch eine Leistung an den zweiten Empfänger erledigt.“ [2]) Gegen diese Auffassung spricht nicht der Abs. 3 Satz 2 des § 792, da hier nur gesagt ist, daß auf die Übertragung der Anweisung die für die Abtretung einer Forderung geltenden Vorschriften eine bloß entsprechende Anwendung — nicht aber etwa schlechthin Anwendung — finden.

Die Übertragungserklärung bedarf der schriftlichen Form; nicht erforderlich ist, daß der Übertragungsvermerk auf die Anweisungsurkunde gesetzt wird. Erst durch die Aushändigung der Anweisung an den Dritten wird die Übertragung gegen den Anweisenden und den Angewiesenen wirksam.

Im § 792 Abs. 2 wird der Ausschluß der Übertragung behandelt. Wenn der Anweisende die Übertragung ausschließt, so ist die Ausschließung dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn sie in der Anweisung selbst zum Ausdruck gebracht ist, oder wenn sie von dem Anweisenden dem Angewiesenen mitgeteilt wird, bevor dieser die Anweisung annimmt oder die Leistung vollzieht. Die Mitteilung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (§§ 130 ff.). Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ist also eine Mitteilung seitens des Anweisenden an den Angewiesenen erforderlich. Es ist demnach eine anderswoher erlangte Kenntnis des Angewiesenen von der Übertragungsbeschränkung ihm gegenüber wirkungslos; eine derartige Kenntnisnahme ist im Gegensatze zu § 405 bezüglich des neuen Gläubigers hier nicht genügend;

---

[2]) Oertmann l. c. S. 881/82.

auch schadet es ihm nicht, wenn er, wofern nicht die Ausschließung von dem Anweisenden dem Angewiesenen vor der Annahme oder der Bewirkung der Leistung mitgeteilt oder aus der Anweisung zu entnehmen ist, den Sachverhalt kennen mußte.

§ 14.

Ausdehnung der Vorschriften über das pactum de non cedendo im Sachenrechte.

Bei zwei Rechtsinstituten des Sachenrechts finden die für die Übertragung der Forderung geltenden Bestimmungen, und somit auch die Vorschriften über das pactum de non cedendo, Anwendung. Das eine Rechtsinstitut ist das Pfandrecht an Rechten, dessen Bestellung nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften erfolgt. Was insbesondere das pactum de non cedendo betrifft, so ordnet § 1274 Abs. 2 an, daß, soweit ein Recht nicht übertragbar ist, ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden kann. Da gemäß § 399 eine Forderung oder ein anderes Recht (413) bei Vereinbarung eines pactum de non cedendo „nicht abgetreten werden kann", so ist auch ein Pfandrecht an dieser Forderung und diesem Rechte nicht bestellbar. Das pactum de non cedendo schließt daher die Verpfändung aus. Es ist dieses Resultat wegen des Zieles der Verwertung durch den Pfandgläubiger durchaus billigenswert; denn der Zweck des Pfandrechts macht die Veräußerung der Substanz notwendig, so daß ihm ein unübertragbares Recht, und so auch eine zwar nicht unübertragbare, aber doch mit einem pactum de non cedendo versehene Forderung nicht dienen kann. Da § 1275 bestimmt, daß, wenn ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Pfandrechts ist, auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften, welche im Falle der Übertragung des Rechts für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, entsprechende Anwendung finden, so hat der Pfandgläubiger dem Verpflichteten gegenüber dieselbe Rechtsstellung, wie der Zes-

sionar dem debitor cessus gegenüber. Es gilt dies auch für die Vorschrift des § 405.[1]) Demnach kann der Schuldner unter den Voraussetzungen des § 405 sich nicht dem Pfandgläubiger gegenüber auf das pactum de non cedendo berufen.

Wenn die Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, noch nicht fällig ist, oder die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 noch nicht gegeben sind, so kann der Pfandgläubiger verlangen, daß die geschuldete Sache vom Schuldner für den Gläubiger und den Pfandgläubiger gemäß § 1281 hinterlegt werde, oder wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird.

Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 eingetreten, so ist der Pfandgläubiger berechtigt, wenn es sich um eine Geldforderung handelt, diese insoweit einzuziehen, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist; der Pfandgläubiger wird dann Eigentümer des Gezahlten.

Das zweite Rechtsinstitut, für welches die für die Übertragung von Forderungen geltenden Bestimmungen, und damit auch die Vorschriften über das pactum de non cedendo gelten, ist der Nießbrauch. Wenn nach § 1069 Abs. 2 an einem Rechte, das nicht übertragbar ist, ein Nießbrauch nicht bestellt werden kann, so scheint es zunächst, als ob auch das pactum de non cedendo die Nießbrauchsbestellung ausschließt. In der Tat nimmt dies auch die größere Anzahl Schriftsteller[2]) an.

Der Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Der Hinweis auf § 1274 II trifft nicht zu, weil das Ziel der Verwertung bei dem Pfandrecht und dem Nießbrauch ein wesentlich verschiedenes ist.

Dagegen ist auf die Vorschrift des § 1073 hinzuweisen, die eine Einschränkung des § 1069 Abs. 2 darstellt. Nach § 1073 gebühren dem Nießbraucher einer Leibrente, eines Auszugs oder ähnlichen Rechtes die einzelnen Leistungen, die auf Grund des Rechtes gefordert werden können. Zu den ähnlichen Rechten

---

[1]) Bonheim l. c. S. 54 ff.

[2]) Planck l. c. Bd. 3 S. 380; Fuchs l. c. S. 326; Turnau-Förster l. c. S. 494.

des § 1073 sind nach den Protokollen[3]) auch die Autor-Patentrechte zu rechnen, für die nach § 413 die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen entsprechende Anwendung finden. Nach alledem ist mit Dernburg,[4]) dem sich Kretzschmar[5]) anschließt, anzunehmen, daß ein Nießbrauch bezüglich übertragbarer Nutzungen aus unübertragbaren Rechten allerdings zulässig ist und durch § 1069 Abs. 2 nicht getroffen wird. Gilt dies schon für die Nutzungen aus unübertragbaren Rechten, wie viel mehr noch für die Nutzungen von keineswegs unübertragbaren, sondern nur mit einem pactum de non cedendo versehenen Forderungen!

Ferner ist an die bereits mehrfach erwähnten Vorschriften der §§ 1438, 1439, 1525, 1383 zu erinnern, wonach an einer mit einem pactum de non cedendo versehenen Forderung der Ehefrau der Ehemann das Nutznießungsrecht hat. Wenn auch zugegeben ist, daß sich das Nutznießungsrecht und der Nießbrauch vielfach nicht unerheblich unterscheiden, so bestimmt doch gerade die erwähnte Vorschrift des § 1383, daß der Mann die Nutznießungen in derselben Weise und in demselben Umfange wie ein Nießbraucher erwirbt, und es ist nicht einzusehen, weshalb an einer mit einem pactum de non cedendo versehenen Forderung zwar das einen Nießbrauch im gesamten Umfange umfassende Nutznießungsrecht, nicht aber der Nießbrauch selbst zuzulassen ist.

Daß zum mindesten die Vorschrift des § 405 entsprechende Anwendung zu finden hat, ist gemäß der Bestimmung des § 1070 unbestritten.[6])

Nach den obigen Ausführungen ist der Schuldner aber niemals, also auch dann nicht, wenn es an den besonderen Voraussetzungen des § 405 fehlt, berechtigt, dem Nießbraucher die Einwendung des pactum de non cedendo entgegenzuhalten.

Handelt es sich um eine nicht auf Zinsen ausstehende Forderung und ist die Sache eine nicht verbrauchbare, so kann

[3]) Prot. l. c. Bd. 3 S. 417.
[4]) Dernburg, Das Sachenrecht S. 561/62.
[5]) Kretzschmar l. c. S. 375.
[6]) Planck Bd. 3 l. c. S. 381; Biermann l. c. S. 264.

der Nießbraucher die Herausgabe der Sache verlangen, da er durch den Nießbrauch zum Besitz der Sache berechtigt wird.

Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so werden sie Eigentum des Nießbrauchers; dieser hat nach der Beendigung des Nießbrauches gemäß § 1067 den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten.

Handelt es sich um eine auf Zinsen ausstehende Forderung, so muß der Schuldner die Zinsen an den Nießbraucher entrichten.

Anhang.

§ 15.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften über das pactum de non cedendo auf die Wertpapiere.

Anhangsweise sei schließlich betrachtet, inwiefern die Vorschriften des pactum de non cedendo bei den Wertpapieren zur Anwendung kommen.

Was zunächst die Rektapapiere betrifft, die Brunner[1]) als auf Namen lautende Wertpapiere bezeichnet, welche nicht die Orderklausel oder die alternative Inhaberklausel enthalten, so ist es für zulässig zu erachten, daß die Zession der Forderung ausgeschlossen und die Forderung „im Verhältnis zum Schuldner für ‚unübertragbar' erklärt wird".[2]) Da in dem Rektapapiere eine Urkunde über die Schuld im Sinne des § 405 zu erblicken ist, so kann sich der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber dann nicht auf das pactum de non cedendo berufen, wenn die Forderung, was ja regelmäßig der Fall sein dürfte, unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, es sei denn, daß der neue Gläubiger den Sachverhalt bei der Abtretung kannte oder kennen mußte. Liegen jedoch die Voraussetzungen des § 405 nicht vor, so greift der Regelfall des § 399 auch bei Rektapapieren Platz, wonach die Forderung, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist, „nicht abgetreten werden kann", und demnach der Schuldner dem Erwerber das pactum de non cedendo entgegensetzen kann.

Bezüglich der Orderpapiere könnte man zunächst an die Vorschrift des § 364 Abs. 2 HGB. denken, wonach der Schuldner

---

[1]) Brunner-Endemann, Handb. des HR. S. 178.

[2]) Brunner l. c. S. 179.

dem legitimierten Besitzer der Urkunde nur solche Einwendungen entgegensetzen kann, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen. Die Einwendung des pactum de non cedendo kann jedoch bei dem Orderpapier grundsätzlich gar nicht in Frage kommen. Denn in dem Orderpapier verspricht ja gerade der Aussteller jedem Indossatar die Leistung zu eigenem Rechte; ein Ausschluß der Übertragungsmöglichkeit ist daher beim Orderpapier an und für sich nicht möglich. Soll das pactum de non cedendo trotzdem statthaft sein, so muß das Orderpapier zunächst seiner Orderqualität entkleidet werden; es geschieht dies durch Beifügung der sogen. negativen Orderklausel. Hiermit wird aber dem Papiere nur die Indossierbarkeit, nicht die Zedierbarkeit genommen. Erst jetzt läßt sich eine Anwendung der Vorschriften über das pactum de non cedendo denken. Denn wird nunmehr durch Vertrag auch die Zedierbarkeit ausgeschlossen, so greift die Bestimmung des § 399 und, wenn die Forderung unter Vorlegung der Schuldurkunde abgetreten und der neue Gläubiger gutgläubig ist, die Vorschrift des § 405 Platz.

Zu den Orderpapieren gehört auch der Wechsel. Nicht richtig wäre es, wollte man zur Beantwortung der Frage, inwiefern für den Wechsel die Vorschriften über das pactum de non cedendo von Bedeutung sind, auf die Bestimmung des Art. 82 der WO. verweisen, wonach der Wechselschuldner sich nur solcher Einreden bedienen kann, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Denn der Wechsel ist, wie bereits erwähnt, ein Orderpapier, und der Aussteller erklärt dadurch, daß er die Orderklausel beifügt, oder sie wenigstens nicht ausdrücklich ausschließt, daß er nicht nur dem ersten Nehmer, sondern ebenso selbständig jedem ordnungsmäßig das Papier späterhin Nehmenden aus seinem formalen Geldversprechen haften wolle. Trotzdem können auch bei dem Wechsel die Vorschriften über das pactum de non cedendo Anwendung finden. Denn es ist möglich, ähnlich wie bei den anderen Orderpapieren,

dem Indossament durch die Worte „nicht an Order“ oder durch einen gleichlautenden Ausdruck gemäß Art. 9 der WO. die wechselrechtliche Wirkung zu nehmen. Untersagt der Aussteller die Übertragung des Wechsels durch eine derartige Klausel, so wird die Streitfrage, ob trotz des Verbotes zediert werden kann, zu bejahen sein.[3]) Wird jedoch von den Beteiligten auch die Zessionsmöglichkeit ausgeschlossen, so kommen nunmehr die Vorschrift des § 399 und, wenn die Voraussetzungen des § 405 gegeben sind, die Bestimmung dieses Paragraphen zur Anwendung.[4])

Was die Inhaberpapiere betrifft, so könnte man vielleicht zunächst daran denken, die Vorschrift des § 796 BGB. heranzuziehen, wonach der Austeller dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegensetzen kann, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, oder sich aus der Urkunde ergeben, oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Die Bestimmung des § 796 kann jedoch nicht in Betracht kommen. Denn bei einem Inhaberpapier ist ein pactum de non cedendo begrifflich ausgeschlossen. Bei den Inhaberpapieren verspricht der Schuldner, an jeden Präsentanten zu leisten; jeden Inhaber erkennt er als seinen Gläubiger an; es würde dem Inhaberpapier durch ein pactum de non cedendo eines seiner wesentlichsten Begriffsmerkmale entzogen werden. Das Inhaberpapier würde nicht mehr Inhaberpapier sein. Es würde, wie Jhering[5]) bei Erörterung der früher bereits erwähnten berühmten Streitfrage bezüglich der Retourbillets sagt, eine contradictio in adjecto vorliegen. Bei den Inhaberpapieren ist demnach eine Anwendung der Vorschriften des pactum de non cedendo nicht denkbar.

---

[3]) Gareis, WO. S. 28; Rehbein, WO. S. 46.

[4]) Nimmt man an, wie dies mit Recht vielfach geschieht, daß die Bestimmungen über die Anweisung entsprechende Anwendung finden, so kommt die Vorschrift des § 792 in Betracht.

[5]) Jhering l. c. S. 328.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.